ДОГОВОРЪ ТОВАРИЩЕСТВА

ПО

РИМСКОМУ ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ.

Приватъ-доцента **П. Е. Соколовскаго.**

ПРЕДИСЛОВІЕ.

Ученія о договорахъ и обязательствахъ принадлежатъ къ такимъ отраслямъ римскаго права, которыя особенно сильно вліяютъ на современныя законодательства. Принципы этихъ ученій искони оказывали чрезвычайное воздѣйствіе на гражданскія и торговыя уложенія почти всѣхъ образованныхъ государствъ. Не смотря на нападки людей одностороннихъ и мало знакомыхъ съ классическимъ правовѣдѣніемъ и его источниками, ему присуща такая вѣчно-юная культурная сила, которая торжествуетъ и понынѣ. Монументальные законодательные труды новѣйшаго времени — швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ и проектъ гражданскаго уложенія Германской имперіи — не только глубоко проникнуты римскимъ духомъ, но во многихъ частяхъ воспроизводятъ такіе взгляды юристовъ-классиковъ, которые казались устарѣлыми даже кодификаторамъ *Юстиніана*. Притомъ же эти новыя уложенія никакъ нельзя назвать измышленіями однихъ кабинетныхъ ученыхъ, не всегда способныхъ отказываться отъ своихъ излюбленныхъ теорій ради запросовъ самой жизни; въ составленіи этихъ кодексовъ принимали участіе также юристы-практики, которые, не смотря на житейскій характеръ своей дѣятельности, все таки поддались обаянію римской доктрины, подчасъ столь отзывчивой на требованія современнаго міра.

Это новое доказательство превосходства системы *Юстиніана* еще разъ должно убѣдить насъ въ томъ, что ей и въ отдаленномъ будущемъ можетъ принадлежать значительная роль, по крайней мѣрѣ въ области обязательственнаго права, и что ученые и законодатели еще долго будутъ черпать въ ней свѣжія, плодотворныя идеи.

Задумавъ посвятить рядъ монографій договору товарищества въ его различныхъ видахъ, мы сочли необходимымъ приступить къ нашему дѣлу съ выясненія этого института по источникамъ римскаго права.

Римскимъ contractus societatis и до насъ занимались опытные и серьезные изслѣдователи. Раньше всѣхъ назовемъ *Troplong*'а и *Kritz*'а [1]). Первый посвятилъ пространную работу дѣйствующему во Франціи гражданскому уложенію, и хотя въ своемъ трудѣ онъ касается весьма часто классическихъ ученій, но лишь поскольку они служили источникомъ французскаго права; анализировать первоначальные составные элементы римскаго товарищества *Troplong* не ставилъ себѣ цѣлью. Что-же касается *Kritz*'а, то его методъ мы считаемъ одностороннимъ и, пожалуй, устарѣвшимъ: онъ смотритъ на положенія corpus juris, какъ на дѣйствующее законодательство (gemeines Recht) многихъ германскихъ территорій, и даже не пытается изслѣдовать постепенное историческое развитіе римскихъ институтовъ права. Раскрытіе самаго зародыша и, такъ сказать, психологія этого договора мало занимаютъ обоихъ авторовъ.

Сверхъ того мы должны упомянуть о весьма почтенныхъ и остроумныхъ работахъ *Leist*'а, *Pernic*'а и *Сальковскаго* [2]). Но эти ученые, не обработывая contractus societatis въ полномъ объемѣ, ограничиваются разсмотрѣніемъ лишь отдѣльныхъ, строго опредѣленныхъ вопросовъ изъ его сферы.

Въ настоящемъ трудѣ мы задались цѣлью выяснить **происхожденіе** и **постепенное развитіе** товарищества, какъ института римскаго права. Этимъ и объясняется извѣстная несоразмѣрность въ тѣхъ четырехъ частяхъ, на которыя распадается вся монографія. Первая часть, трактующая о происхожденіи и объ отдѣльныхъ видахъ римской societas, естественно должна была сдѣлаться и самою обширною, такъ какъ въ ней высказаны и разработаны наши осно-

---

[1]) *Troplong*: „Du contrat de société civile et commerciale". Paris 1843, два тома. *Kritz*: „Das Pandectenrecht aus den Rechtsbüchern Justinians". Meissen 1857. Томъ I, часть II, стр. 1—136.

[2]) *Leist*: „Zur Geschichte der römischen societas". Jena 1881. *Pernice*: „Parerga" I, въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Томъ 16. *Salkowski*: „Quaestiones de jure societatis praecipue publicanorum". Regiomonti, 1859.

вные тезисы. Другія части содержатъ въ себѣ лишь примѣненіе этихъ основныхъ началъ къ различнымъ юридическимъ сторонамъ договора товарищества. Чтобы не повторять положеній, ставшихъ уже достояніемъ науки, мы иногда оставляли безъ вниманія такіе вопросы, которые раньше насъ были обстоятельно разработаны другими и, какъ намъ кажется, разрѣшены вполнѣ удовлетворительно. Благодаря этому, четвертый отдѣлъ нашей книги, въ которомъ мы говоримъ о причинахъ прекращенія товарищества, вышелъ относительно кратокъ.

Для облегченія провѣрки высказываемыхъ нами взглядовъ мы помѣщали въ своемъ сочиненіи, по мѣрѣ надобности, многія выдержки изъ источниковъ, относящіяся къ изслѣдуемымъ вопросамъ. Иностранные тексты мы сопровождали переводами, которые большею частью имѣютъ вмѣстѣ съ тѣмъ и значеніе толкованій, а потому не всегда могутъ претендовать на буквальную точность.

Авторъ.

Кіевъ.
Августа 24 дня
1893 г.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ.

ПРОИСХОЖДЕНІЕ ТОВАРИЩЕСТВА И ЕГО ОТДѢЛЬНЫЕ ВИДЫ.

ГЛАВА ПЕРВАЯ.

Предварительныя замѣчанія.

Общій характеръ римскихъ источниковъ по вопросу о товариществѣ. Направленіе современной литературы. Теорія *Лейста* о происхожденіи римскаго товарищества и actio pro socio. Эта теорія примѣнима только къ societas omnium bonorum, а не къ торговому товариществу. Societas omnium bonorum не представляетъ собою прототипа римскаго contractus societatis. Взглядъ *Ленеля*. Недостатки этого взгляда.

§ 1. Зародыши изслѣдуемаго нами института скрываются въ столь отдаленномъ прошломъ, что опредѣлить съ точностью время его возникновенія оказывается почти невозможнымъ. Даже законодательство *Юстиніана*, столь разработанное, не даетъ матеріала для отвѣта на этотъ вопросъ, что, впрочемъ, и не удивительно, такъ какъ *Юстиніанъ* и его сотрудники вовсе не имѣли въ виду составить исторію римскаго гражданскаго права: они, напротивъ, неоднократно обнаруживали стремленіе удалить изъ законодательныхъ источниковъ всѣ остатки классическаго права, не имѣвшіе практическаго значенія и утратившіе свою жизненность въ круговоротѣ продолжительнаго историческаго процесса [1]).

[1]) Мы здѣсь имѣемъ въ виду главнымъ образомъ систематическое устраненіе въ кодификаціи *Юстиніана* древнихъ терминовъ права, вышедшихъ изъ употребленія. Это явленіе особенно бросается въ глаза при чтеніи дигестъ и объясняется тѣмъ, что коммиссіи компиляторовъ приходилось имѣть дѣло съ произведеніями юристовъ, написанными за нѣсколько столѣтій до нихъ при господствѣ другихъ нормъ права. Такъ, напр., извѣстно, что компиляторы вездѣ вычеркнули слова mancipatio и in jure cessio, замѣнивъ ихъ терминомъ traditio, или вмѣсто слова judicium писали actio и т. п.; ср. *Gradenwitz*: „Interpolationen in den Pandecten". Berlin 1887, стр. 88 и слѣд. далѣе стр. 110 и слѣд.

Такое направленіе трудовъ кодификаціонной коммиссіи *Юстиніана*—такъ назыв. компиляторовъ—само по себѣ въ высшей степени затрудняетъ нашу задачу. Приходится, имѣть дѣло съ разбросанными, весьма скудными фрагментами, прибѣгать часто къ микроскопическимъ изслѣдованіямъ, чтобы только открыть въ наскоро сметанномъ ворохѣ отрывковъ классической юриспруденціи исходныя точки отдѣльныхъ институтовъ, ихъ зародыши и стадіи ихъ историческаго развитія.

Императорскій періодъ римской исторіи совпадаетъ съ эпохою всемірнаго владычества Рима. Всемірное же римское государство втянуло въ себя всѣ культурные народы, жившіе на берегахъ Средиземнаго моря, которые и прежде были связаны взаимными весьма бойкими торговыми сношеніями [1]). Со времени политическаго объединенія ихъ подъ скипетромъ Рима сношенія эти могли только развиться. И въ самомъ дѣлѣ, въ императорскій періодъ мы часто встрѣчаемся съ многообразными и сложными экономическими учрежденіями, среди которыхъ различныя формы хозяйственныхъ ассоціацій, а въ томъ числѣ и *товарищество*, играютъ далеко не послѣднюю роль. Не только частная, но и общественная жизнь римлянъ въ это время оказывается глубоко проникнутою всякаго рода отношеніями, возникающими по поводу товарищескихъ союзовъ, которые съ одной стороны привлекаются самою администраціею государства къ участію въ финансовомъ управленіи страны—система откуповъ [2])—а съ другой выступаютъ въ формѣ грандіозныхъ част-

---

[1]) *Гольдшмидтъ* называетъ весьма удачно jus gentium „торговымъ правомъ всѣхъ народовъ, жившихъ на берегахъ Средиземнаго моря“. Это опредѣленіе мы слышали на его лекціяхъ въ Берлинскомъ университетѣ.

[2]) Смотри прекрасное изложеніе этого вопроса у *Полибія*:

Πολυβίου. Ιστοριῶν Ζ (VI). 17: „Πολλῶν γὰρ ἔργων ὄντων τῶν ἐκδιδομένων ὑπὸ τῶν τιμητῶν διὰ πάσης Ἰταλίας εἰς τὰς ἐπισκευὰς καὶ κατασκευὰς τῶν δημοσίων, ἅ τις οὐκ ἂν ἐξαριθμήσαιτο ῥᾳδίως, πολλῶν δὲ ποταμῶν λιμένων κηπίων μετάλλων χώρας, συλλήβδην ὅσα πέπτωκεν ὑπὸ τὴν Ῥωμαίων δυναστείαν, πάντα χειρίζεσθαι συμβαίνει τὰ προειρημένα διὰ τοῦ πλήθους, κὰι σχεδὸν ὡς ἔπος εἰπεῖν πάντας ἐνδεδέσθαι ταῖς ὠναῖς καὶ ταῖς ἐργασίαις ταῖς ἐκ τούτων“. (Во всей Итали есть много работъ, отдаваемыхъ цензорами съ публичныхъ торговъ, для сохраненія общественныхъ сооруженій въ надлежащемъ порядкѣ. Ихъ не легко перечислить. Много также есть рѣкъ, гаваней, садовъ, рудниковъ, земель и другого имущества перешедшаго во владѣніе римлянъ. Все это эксплоатируется народомъ, такъ что всѣ граждане, можно сказать, связаны съ торговыми и промышленными предпріятіями, происходящими отсюда). Полибій здѣсь различаетъ: публичныя работы, отда-



ныхъ предпріятій для торговли рабами и для другихъ промышленныхъ цѣлей. Подобныя условія хозяйственнаго быта должны были служить значительнымъ импульсомъ къ быстрому росту и развитію римской societas. Этотъ ростъ, это развитіе въ послѣдніе періоды оказываются столь сильными, что за ними совершенно изчезаютъ зачатки нашего института, относящіеся ко времени менѣе сложной хозяйственной жизни. Въ Юстиніановомъ законодательствѣ, завершившемъ собою императорскій періодъ исторіи римскаго права, естественно и раньше всего должно было отразиться право товарищества, выросшее въ позднѣйшее время. Отжившія первичныя формы, societas никакъ не могли войти въ составъ компиляцій и исключались поэтому редакторами изъ трудовъ классическихъ юристовъ.

§ 2. Благодаря такому характеру матеріала, черпаемаго изъ источниковъ, въ литературѣ успѣлъ образоваться цѣлый рядъ предположеній и гипотезъ по поводу изслѣдуемаго нами вопроса. Большинство современныхъ ученыхъ смотритъ на семейственный союзъ родственниковъ, какъ на естественное основаніе *всякаго* товарищества. Не долго думая, они распространяютъ тотъ же самый взглядъ и на происхожденіе *римской* societas. И это мнѣніе казалось столь справедливымъ, что почти до послѣдняго времени оно не встрѣчало никакихъ серьезныхъ возраженій или опроверженій, и еще очень недавно находило себѣ нѣсколько вѣскихъ защитниковъ въ числѣ современныхъ романистовъ [1]). Въ этомъ отношеніи особаго вниманія заслуживаетъ

ваемыя цензорами съ торговъ и государственные доходы, отдаваемые на откупъ. Первыя состоятъ главнымъ образомъ въ содержаніи общественныхъ сооруженій, какъ то зданій, мостовъ, дорогъ и т. п. (τὰ δημόσια—общественныя сооруженія, ἐπισκευή—ремонтъ, κατασκευή—содержаніе). Впрочемъ ἐπισκευή и κατασκευή плеоназмъ, который несомнѣнно соотвѣтствуетъ латинскому sarta tecta (tueri). Къ государственнымъ же доходамъ относятся пошлины, таможенные сборы и рента съ садовъ, рудниковъ и другого недвижимаго имущества. Изъ всего этого римскій народъ извлекаетъ выгоду въ лицѣ своихъ отдѣльныхъ представителей.

[1]) Къ нимъ принадлежитъ прежде всего *Salkowski*: „Quaestiones de jure societatis praecipue publicanorum". Regiomonti 1859, стр. 20 и слѣд. Онъ нисколько не сомнѣвается, что возникшая изъ семейнаго союза societas omnium bonorum представляетъ первоначальный видъ товарищества въ римскомъ гражданскомъ правѣ и что остальные типы образовались лишь впослѣдствіи. То же направленіе мы встрѣчаемъ у *Дернбурга*: „Pandecten". III Auflage Berlin 1892. Томъ II, §. 125 и у *Ленеля*: „Das Edictum perpetuum". Leipzig 1883, стр. 236, 237.



остроумное изслѣдованіе *Лейста* [1]). Указывая на всевозможныя аналогіи въ области сравнительнаго языковѣдѣнія и въ исторіи общей культуры различныхъ образованныхъ народовъ древняго міра, онъ приходитъ къ тому заключенію, что „secta“, „societas“ представляется первоначально тѣснымъ семейственнымъ союзомъ наслѣдниковъ одного общаго наслѣдодателя—отца семейства—сохраняющихъ свою связь, свое семейное общежитіе и послѣ смерти главы. Это такъ назыв. fraternum consortium представляетъ, по его мнѣнію, первичное основаніе всякаго товарищества. Общимъ распространеніемъ такихъ чисто семейныхъ союзовъ *Лейстъ* объясняетъ и то обстоятельство, что слово „patrimonium“, обозначавшее само по себѣ только имущество оставшееся послѣ смерти отца, впослѣдствіи стало употребляться, въ значеніи всякаго имущества вообще. Такое товарищество наслѣдниковъ—fraternum consortium—по дальнѣйшему объясненію того же автора, представляетъ собою зародышъ societas omnium bonorum римскаго гражданскаго права, причемъ причитающаяся на долю каждаго изъ наслѣдниковъ часть составляетъ вмѣстѣ съ тѣмъ его pars societatis. Съ другой стороны *Лейстъ* нисколько не сомнѣвается, что societas omnium bonorum и есть тотъ первый типъ римскаго товарищества, изъ котораго постепенно выдѣлялись остальные его виды.

Bona fides, лежавшая въ основаніи этого союза и имѣвшая преобладающее значеніе во всѣхъ договорныхъ отношеніяхъ товарищей между собою, объясняется по *Лейсту* также исключительно возникновеніемъ societas изъ семейныхъ началъ.

Наконецъ, источникъ actio pro socio онъ видитъ въ actio familiae erciscundae, служившей для раздѣла наслѣдства между наслѣдниками. Этотъ искъ, по опредѣленію преторскаго эдикта, преслѣдуетъ двѣ цѣли: чрезъ него вопервыхъ добиваются раздѣла принадлежащаго къ наслѣдству имущества, во вторыхъ отыскиваютъ вознагражденія за суммы, истраченныя заинтересованными въ наслѣдствѣ лицами въ пользу наслѣдственной массы, такъ назыв. personales praestationes:

> L. 22. §. 4. Dig. fam. erc. 10, 2. Ulpianus libro nono decimo ad edictum: „Familiae erciscundae judicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones“.

---

[1]) *Leist*: „Zur Geschichte der römischen societas“. Jena 1881.

Въ этихъ то „personales praestationes", составляющихъ одну изъ двухъ функцій actio familiae erciscundae и заключается, по мнѣнію *Лейста*, настоящее основаніе actio pro socio.

Какъ видимъ, въ своихъ изслѣдованіяхъ *Лейстъ* не только присоединяется къ общепринятой теоріи возникновенія римской societas, но съ особенной рѣшительностью высказывается въ ея пользу. Впрочемъ, съ другой стороны, тотъ же ученый не могъ не замѣтить, что правоотношенія наслѣдниковъ, владѣющихъ сообща нераздѣленнымъ имуществомъ наслѣдодателя, отнюдь не обнаруживаютъ въ себѣ признаковъ *торговаго* характера, свойственнаго общему типу товарищества въ римскомъ гражданскомъ правѣ. Поэтому онъ допускаетъ вліяніе другихъ разнородныхъ институтовъ на ходъ развитія societas. Соединяющимъ звеномъ являются здѣсь, будто бы, товарищества откупщиковъ и подрядчиковъ, такъ назыв. *societates publicanorum*. Своимъ, преимущественно коммерческимъ характеромъ, они какъ бы дополняютъ первоначальное основаніе римской societas—чисто семейственный союзъ наслѣдниковъ (fraternum consortium).

Коренная ошибка, свойственная почти всѣмъ современнымъ изслѣдованіямъ римскихъ ученій о товариществѣ, заключается, какъ намъ кажется, въ постоянномъ смѣшеніи понятій древняго классическаго правовѣдѣнія со взглядами, сложившимися въ наше время, подъ вліяніемъ новѣйшаго культурнаго процесса. Стараясь отыскать въ классическомъ римскомъ правѣ зародыши и корни чуть ли не всѣхъ учрежденій и явленій нашего нынѣшняго экономическаго и правоваго быта [1]), многіе авторы нерѣдко разсматриваютъ чисто римскіе институты съ точки зрѣнія современныхъ понятій, создан-

[1]) Такую крайность представляетъ попытка *Roesler*'а—„Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht" въ „Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht". Томъ IV, стр. 298 и слѣд.—доказать, что коммандитное товарищество нынѣшняго торговаго права коренится въ римскихъ источникахъ. Всѣ свои соображенія о происхожденіи столь своеобразнаго и столь важнаго института онъ основываетъ только на единственномъ изреченіи *Ливія*—ab urbe cond. lib. 43 cap. 16—притомъ отличающемся весьма неопредѣленнымъ характеромъ. Подобныя попытки нѣмецкихъ романистовъ толковать законодательство *Юстиніана* возможно шире, могутъ быть пожалуй оправданы тѣмъ обстоятельствомъ, что во многихъ частяхъ Германской имперіи оно дѣйствуетъ и понынѣ. Не подлежитъ однако же сомнѣнію, что эти пріемы нерѣдко приводятъ къ затемненію подлинныхъ началъ классическаго правовѣдѣнія.



ныхъ только впослѣдствіи, благодаря особымъ условіямъ жизни среднихъ и новѣйшихъ вѣковъ [1]).

Мы вообще никогда не поймемъ юридическаго значенія римской societas, если только не откажемся судить о ней исключительно съ точки зрѣнія современнаго торговаго и промышленнаго товарищества.

Какъ извѣстно, творческая сила правовѣдѣнія среднихъ вѣковъ особенно плодотворно проявлялась въ области торговаго права. Геній почти всѣхъ образованныхъ народовъ принималъ дружное участіе въ развитіи нормъ и правилъ, имѣющихъ руководящее значеніе при обмѣнѣ богатствъ всего свѣта. Не подлежитъ сомнѣнію, что и здѣсь римскимъ гражданскимъ законамъ въ силу ихъ высокаго достоинства, принадлежало преобладающее вліяніе, и что они создали основныя начала для спеціальнаго торговаго законодательства; но вмѣстѣ съ тѣмъ и обычай оказался сильнымъ двигателемъ законодательной дѣятельности въ торговомъ мірѣ. Съ одной стороны онъ создалъ много новыхъ взглядовъ, далъ не мало положительныхъ отвѣтовъ на вопросы, до тѣхъ поръ открытые; съ другой—онъ до неузнаваемости преобразовалъ многія учрежденія, заимствованныя изъ другихъ источниковъ, между прочимъ, и изъ римскаго права.

Стремленіе къ ассоціаціямъ имѣетъ особенно важное значеніе въ области торгово-промышленной. Торговля обнимаетъ собою огромныя пространства. По своему естественному свойству, она стремится распространить свои связи на самыя отдаленныя страны, создавая при этомъ цѣлые ряды разнообразныхъ оборотовъ и сдѣлокъ. Развитая торговля можетъ осуществлять свои цѣли не иначе, какъ только пользуясь прочными основами, независимыми отъ судьбы отдѣльныхъ лицъ, принимающихъ въ ней участіе. Такое широкое значеніе торговли, съ точки зрѣнія времени и пространства, ставитъ

---

[1]) Несомнѣнно напр., что торговыя товарищества въ среднихъ вѣкахъ, особенно въ Италіи, нерѣдко основывались на семейныхъ началахъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ легко доказать, что это явленіе не имѣло никакой связи съ принципами римской societas, а обнаружилось лишь послѣ десятаго столѣтія p. Chr. преимущественно въ городахъ сѣверной Италіи и главнымъ образомъ подъ вліяніемъ древне-германскихъ (лонгобардскихъ) источниковъ права. ср *Weber*: „Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter". Stuttgart 1889, стр. 44 и слѣд.



коммерсанта весьма часто въ необходимость дополнять свои силы и средства разнообразными союзами. Чѣмъ обширнѣе предпріятія, чѣмъ продолжительнѣе цѣли торговой ассоціаціи, тѣмъ прочнѣе должна быть и организація послѣдней. Въ силу этого современное торгово-промышленное товарищество представляетъ союзъ бóльшаго или меньшаго числа лицъ, заключенный для достиженія такихъ экономическихъ цѣлей, которыя оказываются не по силамъ для отдѣльныхъ его участниковъ. Съ другой стороны, такъ какъ цѣли подобнаго рода для своего осуществленія требуютъ матеріальныхъ средствъ, превышающихъ силы отдѣльныхъ личностей, то онѣ могутъ быть достигнуты только на средства общія. Такіе союзы естественно должны имѣть длительный и постоянный характеръ. Широкое развитіе современныхъ товариществъ, ихъ независимость отъ отдѣльныхъ членовъ и обширность ихъ задачъ побудили законодателей нашего времени признавать подобные союзы во многихъ случаяхъ юридическими лицами, чѣмъ придается бóльшая прочность ихъ организаціи и продолжительность ихъ бытію.

Благодаря такимъ наблюденіямъ надъ современной жизнью, нѣкоторые изслѣдователи присоединились къ ошибочному направленію и видѣли основаніе товарищества, по римскому гражданскому праву, въ societas omnium bonorum. Эта societas, несмотря на первоначальное отсутствіе въ ней торговаго элемента, по своей прочности и длительности казалась имъ похожею на торгово-промышленное товарищество нашего времени. Безспорно, societas omnium bonorum обнаруживала несравненно болѣе постоянства, чѣмъ напр. societas unius negotii или unius rei. По природѣ своей она устанавливала прочныя отношенія между участниками и поэтому составлялась на болѣе продолжительные сроки. Тѣмъ не менѣе, мы полагаемъ, что этотъ союзъ едва ли можетъ считаться единственнымъ и главнымъ основаніемъ римскаго товарищества вообще.

Прежде всего нельзя не обратить вниманія на то обстоятельство, что въ сочиненіяхъ римскихъ писателей о societas omnium bonorum упоминается чрезвычайно рѣдко. *Цицеронъ*, изучившій бытъ и правовое положеніе товариществъ и считавшій себя спеціалистомъ по всѣмъ этимъ вопросамъ [1]), ни разу не упоминаетъ о societas omnium

---

[1]) Въ особенности онъ занимался всѣми вопросами касающимися societates publica-



bonorum. Точно также намъ не удалось открыть ея слѣды и въ произведеніяхъ другихъ авторовъ. Даже многообразная казуистика источниковъ римскаго права не пополняетъ недостающіе въ этомъ отношеніи матеріалы. Societas omnium bonorum и здѣсь не стоитъ на первомъ планѣ, а всѣ почти принципы и правила законодательства *Юстиніана* выработаны безъ особаго на нихъ вліянія этого своеобразнаго типа товарищества.

Намъ думается, что одного этого обстоятельства уже достаточно для возбужденія по крайней мѣрѣ нѣкоторыхъ сомнѣній въ непогрѣшимости господствующей теоріи о происхожденіи товарищества по римскому гражданскому праву. И въ самомъ дѣлѣ, societas omnium bonorum не заключаетъ въ себѣ такихъ характерныхъ чертъ, изъ которыхъ дальнѣйшимъ процессомъ могло бы развиться товарищество, какъ учрежденіе, по преимуществу торговое.

§ 3. Если мы даже допускаемъ, вмѣстѣ съ *Лейстомъ*, возникновеніе *societas omnium bonorum* изъ семейныхъ началъ, то и тогда никакъ не слѣдуетъ преувеличивать вліяніе семейной жизни на общее развитіе contractus societatis. Въ безусловномъ распространеніи этихъ положеній (быть можетъ и правильныхъ, покуда дѣло касается только societas omnium bonorum) на ученіе о товариществѣ вообще заключается главная ошибка *Лейста* и его единомышленниковъ. Нельзя согласиться съ ними, чтобы римскіе юристы и другіе писатели, приравнивая иногда societas братству, имѣли при этомъ въ виду кровныя родственныя связи, какъ единственное основаніе самого товарищества. Можно, напротивъ, съ такимъ же правомъ допустить, что близкія матеріальныя отношенія между участниками въ товариществѣ напоминали древнимъ писателямъ семейное общежитіе. Это допустимо въ особенности по отношенію къ societas omnium bonorum и связанному съ нею полному и безусловному соединенію товарищескихъ имуществъ. Намъ кажется, что сравненія между societas и fraternitas, которыя дѣйствительно иногда встрѣчаются въ древ-

---

norum: In Verrem act. II, lib. II, cap. 73: „Nam quod in publicanorum causis vel plurimum aetatis meae *versor* vehementerque illum ordinem observo, satis commode mihi videor eorum consuetudinem usu tractandoque *cognosse*;“



ней юридической и общей литературѣ, могли бы объясняться именно такимъ случайнымъ сходствомъ. Весьма характерны въ этомъ отношеніи слова *Квинтиліана* [1]):

„Sociorum damna et lucra communia sint. Sacra res est et *quaedam fraternitas* propositorum animorum. Consortes enim potest facere casus: ceterum quidem cum duo homines *omnes fortunas* suas contulerunt, omnes casus miscuerunt, unum quoddam factum est: quid est justius, quam compositum patrimonium habere condicione unius societatis? hoc enim est unitas".

Въ подобномъ соглашеніи нѣсколькихъ лицъ, соединяющихъ *все свое состояніе* (omnes fortunas suas) въ одну общую массу, *Квинтиліанъ* видитъ какой то особенно тѣсный, даже священный союзъ. Такая связь, по его мнѣнію, обнаруживаетъ большое сходство съ семейными отношеніями братьевъ (quaedam fraternitas propositorum animorum). Необходимымъ условіемъ для существованія societas omnium bonorum является, по *Квинтиліану*, истинно братское согласіе и единодушіе.

Мы думаемъ, что вообще не слѣдуетъ преувеличивать значеніе тѣхъ изреченій юристовъ и другихъ древнихъ писателей, въ которыхъ societas сравнивается съ родственными узами. Въ большинствѣ случаевъ это ничто иное, какъ краснорѣчивыя фразы безъ серьёзной научной подкладки. Сюда же, по нашему мнѣнію, относятся и всѣ тѣ многочисленныя мѣста въ рѣчахъ *Цицерона*, въ которыхъ онъ связь между товарищами называетъ какъ бы родственною. Въ самомъ дѣлѣ, этотъ словоохотливый и пылкій ораторъ не скупится на самыя яркія краски, какъ только приходится выставить положеніе его обманутыхъ и обиженныхъ кліентовъ въ возможно трогательномъ видѣ. Естественно поэтому, что онъ всячески старается подчеркивать существованіе тѣснаго нравственнаго союза между членами товарищества. Его главная цѣль—изображать нарушеніе договора, какъ гнусный, возмутительный проступокъ.

Pro Quinctio oratio cap. 6: „etenim si veritate amicitia, fide societas, pietate propinquitas colitur, necesse est iste, qui amicum, socium, adfinem fama atque fortunis spoliare conatus est, vanum se et perfidiosum et impium esse fateatur".

---

[1]) M. Fabii Quintiliani declamationes. Editio Burmanni. Lugd. Batav. 1720. Decl. 320.

„Если дружба основывается на вѣрности, *товарищество на добросовѣстности,* родство и свойство на уваженіи и любви, то того, кто друга, товарища, свояка пытался лишить и состоянія, и добраго имени, нельзя не признать ничтожнымъ, лукавымъ, нечестивымъ человѣкомъ".

Неудивительно, что и въ другомъ мѣстѣ *Цицеронъ* отношенія между товарищами называетъ прямо fraterna necessitudo [1]).

Но спрашивается, можно ли такимъ ораторскимъ изліяніямъ яраго обвинителя придавать серьезное значеніе чуть не техническихъ терминовъ, когда дѣло идетъ о точномъ опредѣленіи юридическаго характера товарищества и о первоначальномъ его происхожденіи [2])?

Перейдемъ теперь къ юристамъ классическаго періода. Главное мѣсто въ дигестахъ, приводимое всѣми защитниками господствующей теоріи и будто бы особенно ясно доказывающее происхожденіе societas omnium bonorum изъ семейныхъ началъ, это L. 63. pr. Dig. pro socio. 17, 2.

> Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. Hoc enim summam rationem habet, *cum societas jus quodammodo fraternitatis* in se habeat".

---

[1]) Ibid. cap. 4. Ср. также: pro Roscio comoedo oratio cap. 6, 18, pro Caecina oratio cap. 3, pro P. Quinctio oratio cap. 24.

[2]) Весьма характерный примѣръ увлеченія нѣкоторыхъ авторовъ идеей происхожденія societas изъ семейныхъ началъ представляетъ намъ *Salkowski*: loc. cit. стр. 20, 21. Лучшимъ доказательствомъ ученія, что корни товарищества заключаются въ societas omnium bonorum близкихъ родственниковъ, служатъ, по его мнѣнію, слова *Цицерона*, называвшаго въ своей рѣчи за Квинкція неоднократно членовъ товарищества „affines", см. oratio pro Quinctio, c. 4, 16, 24. Дѣйствительно, *Цицеронъ*, говоря о личныхъ отношеніяхъ своего кліента Публія Квинкція къ противнику Невію, употребляетъ выраженія „affines" и „affinitas". Но эти слова здѣсь не имѣютъ рѣшительно никакого переноснаго смысла, а употреблены въ буквальномъ значеніи свойствá; ибо Невій былъ не только товарищемъ Публія Квинкція, но и мужемъ его племянницы: „nam P. Quinctii consobrinam habet in matrimonio Naevius et ex ea liberos". Ibid. cap. 4. Цицеронъ между прочимъ указываетъ и на эти родственныя связи, чтобы выставить поведеніе Невія по отношенію къ его кліенту, Публію Квинкцію, въ еще менѣе благопріятномъ видѣ.

Ясно, что *Ульпіанъ* въ этомъ мѣстѣ не говоритъ исключительно о societas omnium bonorum, а прямо указываетъ на societas unius rei, какъ на институтъ quodammodo jus fraternitatis in se habens. Но чтобы и этотъ видъ товарищества возникъ *непосредственно* изъ семейныхъ началъ, не утверждаютъ даже самые отъявленные поклонники господствующей теоріи. Наконецъ, мы не можемъ не считаться и съ тѣмъ обстоятельствомъ, что юристы классическаго періода во всѣхъ своихъ сочиненіяхъ ни единымъ словомъ не намекаютъ на то, чтобы въ ихъ время существовала теорія происхожденія римскаго товарищества изъ societas omnium bonorum, какъ союза близкихъ родственниковъ. Въ самомъ дѣлѣ, если бы societas omnium bonorum между наслѣдниками общаго главы семейства составляла корень и первоначальный типъ товарищества по римскому гражданскому праву *вообще*, то было бы, конечно, вполнѣ послѣдовательно во всѣхъ сомнительныхъ случаяхъ—in dubio—разсматривать *всякое* товарищество съ точки зрѣнія societas omnium bonorum. Однако, въ опредѣленіяхъ римскихъ юристовъ мы не замѣчаемъ ничего подобнаго; они напротивъ того рѣшаютъ этотъ вопросъ иначе. Повсюду, какъ только contractus societatis не вполнѣ разъясняетъ характеръ даннаго товарищества, юристы-классики предполагаютъ наличность товарищества съ ограниченными экономическими цѣлями, направленнаго на одно какое либо точно опредѣленное предпріятіе.

Подобное ограничительное толкованіе такого contractus societatis, который не опредѣляетъ съ достаточною ясностью характера и объема товарищества, мы встрѣчаемъ между прочимъ въ слѣдующемъ фрагментѣ:

> L. 52. §. 6. Dig. pro socio. 17, 2: Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum—„Papinianus quoque libro tertio responsorum ait: si fratres parentium indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, *quod aliunde quaesierint* in commune *non* redigetur“.

Папиніанъ и *Ульпіанъ* указываютъ здѣсь именно на такія отношенія, которыя *Лейстъ* и другіе представители господствующаго мнѣнія считаютъ главнымъ основаніемъ для возникновенія societas omnium bonorum: нѣсколько братьевъ рѣшаютъ не дѣлить между собою оставленнаго имъ послѣ смерти родителей имущества, но владѣть всѣмъ наслѣдствомъ совмѣстно или, какъ выразился бы *Лейстъ*, со-

хранить между собою „fraternum consortium“. Слѣдовало бы ожидать, что, по крайней мѣрѣ, въ этомъ случаѣ скажутся воспоминанія о мнимомъ первоначальномъ типѣ товарищества, и юристы, согласно съ этимъ, молча допустятъ societas omnium bonorum. На дѣлѣ же выходитъ совсѣмъ иное. Не смотря на то, что вышеизложенныя обстоятельства обнаруживаютъ безусловно всѣ данныя первобытной societas omnium bonorum, *Папиніанъ* и *Ульпіанъ* остаются вѣрными принципу ограничительнаго толкованія contractus societatis: все остальное и будущее имущество братьевъ, кромѣ наслѣдства родителей—quod aliunde quaesierint — исключается отъ дѣйствія договора товарищества.

Упомянутый принципъ высказывается довольно рано и съ такою опредѣленностью, что нельзя допустить ни малѣйшаго сомнѣнія относительно общности его распространенія. Дѣйствительно, повсюду, гдѣ древніе авторы говорятъ въ общихъ выраженіяхъ о societas, они очевидно подразумѣваютъ societas unius negotii, какъ примѣрный типъ товарищества вообще. Такое пониманіе ясно высказывается у Цицерона:

> Pro Q. Roscio Comoedo oratio cap. 6: „si qua enim sunt privata judicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis: aeque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit et socium fallere qui se *in negotio* conjunxit“.

„Если нѣкоторые гражданскіе иски пользуются высшимъ,—можно сказать, почти уголовнымъ значеніемъ,—такъ именно тѣ, которые возникаютъ изъ fiducia, опеки, товарищества. Ибо считается на столько же порочнымъ и безчестнымъ измѣнить довѣрію, составляющему основаніе всей жизни, какъ и обобрать лицо, находящееся подъ опекою, или обмануть товарища, съ которымъ соединились для совершенія *опредѣленной сдѣлки*“.

Съ этимъ вполнѣ согласуется пониманіе товарищества юристами-классиками. Несомнѣнныя указанія на это мы впервые встрѣчаемъ въ сочиненіяхъ *Сабина*, откуда тотъ же самый взглядъ перешелъ въ позднѣйшіе комментаріи *Ульпіана* и *Павла*.

---

[1]) Ср. также: Pro P. Quinctio oratio cap. 3.



L. 7. Dig. pro socio. 17, 2: Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum: „Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit".

Тоже самое повторяетъ *Павелъ*:

L. 13. Dig. eod. tit. Paulus libro trigesimo secundo ad edictum: „Sed et si adiciatur, ut et quaestus et lucri socii sint, verum est non ad alium lucrum, quam quod ex quaestu venit, hanc quoque adjectionem pertinere".

Если socii, при заключеніи договора, не опредѣлили съ надлежащею точностью характера товарищества, то contractus societatis распространяется только *на одно опредѣленное предпріятіе*—quod ex quaestu venit, *ex emptione venditione, locatione conductione* и т. п. Нужно ли болѣе убѣдительное доказательство, что по крайней мѣрѣ *Сабинъ* и подпавшіе подъ его вліяніе позднѣйшіе юристы не смотрѣли на societas omnium bonorum, какъ на *первоначальную типическую* форму товарищества?

§ 4. Независимо отъ доводовъ, приведенныхъ *Лейстомъ*, и *Ленель* [1]) высказываетъ предположеніе, что societas omnium bonorum составляла *главный* и *типическій* видъ (Musterfall) товарищества по римскому гражданскому праву. Онъ полагаетъ, что въ преторскихъ эдиктахъ societas omnium bonorum стояла на первомъ планѣ. Но, еслибъ это было въ дѣйствительности такъ, то отсюда слѣдовало бы, что римскіе юристы вездѣ, гдѣ только былъ заключенъ договоръ товарищества вообще, предполагали бы наличность societas omnium bonorum. Мы же видѣли, что классическое правовѣдѣніе отнюдь не придерживалось подобнаго направленія.

Свою теорію *Ленель* основываетъ главнымъ образомъ на томъ обстоятельствѣ, что посильная отвѣтственность—beneficium competentiae—возникшая, какъ извѣстно, впослѣдствіи, благодаря вліянію преторской практики, простиралась первоначально только на членовъ societas omnium bonorum.

---

[1]) *Lenel*: „Das Edictum perpetuum". Leipzig 1883, стр. 236, 237.



L. 63. pr. Dig. pro socio. 17, 2: Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum: „Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt - - - condemnari oportere".

„Намъ кажется правильнымъ мнѣніе *Сабина*, по которому не только socios omnium bonorum, но такъ же и socium unius rei слѣдуетъ присуждать къ исполненію лишь съ соблюденіемъ посильной отвѣтственности".

Это мѣсто изъ дигестъ не допускаетъ сомнѣнія въ томъ, что beneficium competentiae сначала дѣйствительно составляло льготу однихъ только socii omnium bonorum, и лишь въ послѣдствіи, быть можетъ, благодаря вліянію *Сабина*, было распространено и на другіе виды товарищества. Но что же изъ этого слѣдуетъ? По нашему мнѣнію только то, что съ самаго начала римляне смотрѣли на societas omnium bonorum, какъ на своеобразный типъ товарищества, имѣющій свои самостоятельные корни и рѣзко отличающійся, по своему особому характеру, отъ остальныхъ видовъ нашего института.

Неизвѣстно, занимали ли правила о посильной отвѣтственности отдѣльное мѣсто въ преторскомъ эдиктѣ; но привилегія „beneficium competentiae" была распространена на socii omnium bonorum во всякомъ случаѣ по весьма понятнымъ причинамъ. Полное соединеніе всего вообще имущества лицъ, участвующихъ въ товариществѣ, въ одну общую массу требовало, конечно, полнаго довѣрія между ними. Товарищество omnium bonorum представляется въ сущности общежитіемъ всѣхъ принадлежащихъ къ нему субъектовъ. Такимъ отношеніямъ желательно положить сколь возможно прочныя основанія; настоящее же согласіе и довѣріе могутъ имѣть мѣсто въ подобномъ союзѣ только тогда, когда его члены возможно болѣе гарантированы отъ неограниченной эксплоатаціи своихъ сотоварищей. Даже, послѣ прекращенія союзной связи, они не должны лишать другъ друга необходимыхъ средствъ къ жизни. Поэтому необходимо обезпеченіе отдѣльныхъ соціевъ отъ окончательнаго разоренія, причиняемаго претензіями и исками другихъ соучастниковъ въ товариществѣ. О подобныхъ близкихъ отношеніяхъ въ остальныхъ видахъ societas первоначально не могло быть и рѣчи. Ихъ дѣйствіе распространялось лишь на извѣстную долю имущества товарищей, а главное—они не создавали такихъ тѣсныхъ

личныхъ связей между соціями, которыя являются *неизбѣжнымъ* послѣдствіемъ societas omnium bonorum, какъ общежитія.

Это то различное отношеніе beneficium competentiae къ отдѣльнымъ видамъ societas указываетъ на *несомнѣнный дуализмъ* въ происхожденіи товарищества римскаго гражданскаго права. Мы замѣчаемъ параллельное развитіе двухъ самостоятельныхъ типовъ, которые вліяютъ другъ на друга, сближаются постепенно, но тѣмъ не менѣе и въ позднѣйшіе періоды сохраняютъ много чертъ своей первоначальной раздѣльности и свойственнаго имъ различнаго характера. *Ленель* очевидно полагаетъ, будто бы первоначальное примѣненіе посильной отвѣтственности *только* къ societas omnium bonorum можнообъ яснить лишь тѣмъ обстоятельствомъ, что было время, когда послѣдняя считалась *единственнымъ извѣстнымъ* типомъ товарищества; но такое заключеніе совершенно неосновательно. Если *Сабинъ*—L. 63. pr. Dig. pro socio cit— распространяетъ льготу посильной отвѣтственности на всѣ виды товарищества безъ исключенія, а стало быть и на societas unius negotii et rei, то это отнюдь не доказываетъ, чтобы таковыя появились позже societas omnium bonorum или занимали въ преторскомъ эдиктѣ только второстепенное мѣсто. Чтобы быть вполнѣ послѣдовательнымъ, *Ленель* долженъ былъ бы толковать вышеприведенный фрагментъ: L. 63. pr. Dig. pro socio cit. въ смыслѣ появленія указанныхъ типовъ ограниченнаго товарищества лишь во время самого *Сабина*; но объ этомъ не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ societas unius negotii встрѣчается при *Цицеронѣ* и даже еще раньше. Какъ мы видимъ, рядомъ и одновременно съ societas omnium bonorum существовали и другіе типы товарищества, не пользовавшіеся льготой посильной отвѣтственности. Если такимъ образомъ beneficium competentiae и было допущено въ societas omnium bonorum раньше, чѣмъ въ societas unius negotii vel rei, то такой фактъ конечно еще не доказываетъ, что именно первый союзъ представляетъ собою будто бы *старѣйшій* и *типическій* видъ (Musterfall) товарищества по римскому гражданскому праву.

Подобно другимъ писателямъ [1]), и *Ленель* придаетъ, сверхъ того,

---

[1]) см. *Dernburg*: „Pandecten". III Auflage Berlin 1892. Томъ II, §. 125. Тѣже указанія у *Сальковскаго* loc. cit. p. 20. Большинство современныхъ пандектистовъ оставляетъ вопросъ о происхожденіи римскаго товарищества открытымъ: между проч. *Kritz*, въ своихъ подробныхъ изслѣдованіяхъ, точно также и *Vangerov*, *Arndts*, *Brinz*, *Windscheid* и *Wendt*.



большое значеніе порядку, въ которомъ источники перечисляютъ отдѣльные виды товарищества.

L. 5. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum: „Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicujus sive vectigalis sive etiam rei unius". cp. Gai Institutiones III. §. 148. „Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicujus negotii" [1]).

Всѣ эти авторы увѣрены, что очередь, которая соблюдена здѣсь при исчисленіи отдѣльныхъ видовъ римской societas, указываетъ несомнѣнно на постепенное происхожденіе всѣхъ ея извѣстныхъ впослѣдствіи типовъ изъ одного общаго корня—societas omnium bonorum. Намъ кажется однако, что *Ульпіанъ* и *Гай* руководились совершенно другимъ соображеніемъ: исчисляя всѣ главнѣйшіе типы товарищества, они начинали съ societas omnium bonorum, какъ съ самаго *обширнаго* и кончали самымъ *ограниченнымъ*—societas unius rei. Такому исчисленію нельзя придавать хронологическаго значенія, тѣмъ болѣе, что историческое изложеніе вопроса не вяжется со смысломъ приведенныхъ выше выдержекъ изъ источниковъ.

Теорія, утверждающая, что societas omnium bonorum—не только старѣйшій и первоначальный видъ римской societas, но и та почва, на которой постепенно выростали всѣ остальные типы товарищества въ настоящее время, какъ мы видѣли, чрезвычайно распространена. Она также въ значительной степени поддерживается ученіями соціологовъ, въ ихъ произвольныхъ и подчасъ поверхностныхъ толкованіяхъ историческихъ явленій. Можно даже сказать, что господствующее мнѣніе считалось до извѣстной степени аксіомой, не нуждающеюся ни въ какихъ дальнѣйшихъ доказательствахъ, и только, благодаря приведеннымъ нами сочиненіямъ *Лейста* и *Ленеля*, мы получили нѣкоторую возможность провѣрить тѣ положительныя данныя, которыя составляютъ основаніе самой теоріи.

Недостаточность этихъ матеріаловъ уже нѣсколько лѣтъ тому назадъ вызвала у *Перниса* и *Гольдшмидта* [2]) серьезныя сомнѣнія въ

[1]) Такой же перечень мы встрѣчаемъ въ институціяхъ Юстиніана: pr. de societate. 3, 25.

[2]) *Pernice*: „Marcus Antistius Labeo—römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit". Halle 1873, Томъ I, стр. 444 и слѣд. далѣе см. того же автора: „Parerga" I. въ



непогрѣшимости господствующаго ученія. Мы надѣемся доказать, что въ римскихъ источникахъ замѣчаются слѣды и другихъ понятій, сильнѣе вліявшихъ на происхожденіе и развитіе societas и соотвѣтствовавшихъ общему торговому характеру этого института гораздо болѣе, чѣмъ societas omnium bonorum со своими семейными началами.

ГЛАВА ВТОРАЯ.

Юридическое значеніе societas omnium bonorum.

Два элемента въ составѣ товарищества по римскому гражданскому праву. Societas omnium bonorum коренится въ семьѣ. Ея первоначальное основаніе—союзъ дѣтей-сонаслѣдниковъ. Наслѣдство, открывшееся послѣ смерти отца—единственное имущество (omnia bona) дѣтей. Права filii emancipati на открывшееся наслѣдство. Collatio bonorum filii emancipati. Collatio bonorum и обязательство socii omnium bonorum отдать свое имущество въ общую массу — in medium conferre — Какъ институтъ родоваго происхожденія, communio или societas omnium bonorum носитъ общечеловѣческій характеръ. Сродные институты германскихъ народовъ. Задруга южныхъ славянъ. Великорусская большая семья. Κοινοπραξία грековъ. Въ казуистикѣ дигестъ и кодекса societas omnium bonorum встрѣчается только между близкими родственниками и супругами. Societas omnium bonorum не могла служить поводомъ къ возникновенію actionis pro socio. Значеніе actionis familiae erciscundae. Взаимныя отношенія обоихъ исковъ. Actio familiae erciscundae—не образецъ actionis pro socio. Неправильное мнѣніе Лейста. Actio pro socio предполагаетъ contractus, tractatus, affectio societatis.

§ 1. Въ развитіи товарищества по римскому гражданскому праву мы различаемъ прежде всего *два элемента*.

Въ противоположность господствующему ученію, главнымъ корнемъ римскаго contractus societatis мы считаемъ „*societas unius negotii*" и рядомъ съ нимъ „*societas unius rei*", которыя не всегда строго различаются между собою. При первомъ своемъ появленіи эти товарищества возникають изъ договора—contractus societatis — заключеннаго на основаніи „bona fides" и очень рано пріобрѣтаютъ преимущественно торговый характеръ. Впрочемъ, съ происхожденіемъ и развитіемъ этого основнаго и преобладающаго элемента въ нашемъ институтѣ мы познакомимъ читателей впослѣдствіи.

Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Томъ 16, (по новому продолж. томъ 3.) стр. 48. *Goldschmidt:* „Universalgeschichte des Handelsrechts" въ „Handbuch des Handelsrechts". Stuttgart 1891. Томъ I, стр. 71.

Юридическій характеръ товарищества складывался несомнѣнно и подъ вліяніемъ *societas omnium bonorum*, въ которой, какъ намъ извѣстно, господствующее воззрѣніе, съ *Лейстомъ* и *Ленелемъ* во главѣ, видитъ *единственное* основаніе римскаго товарищества вообще. Мы уже указали на недостатки этого взгляда. Но не приписывая societas omnium bonorum въ исторіи римскаго гражданскаго права значенія, придаваемаго ей названными писателями, мы все таки полагаемъ, что она была сильнымъ двигателемъ общаго прогрессивнаго развитія товарищества и вторымъ существеннымъ его элементомъ послѣ societas unius negotii.

Можетъ быть, *Лейстъ*[1]) и правъ въ томъ отношеніи, что *societas omnium bonorum* имѣетъ свои корни въ семейной жизни, и что первоначальное ея основаніе лежитъ въ союзѣ дѣтей-сонаслѣдниковъ, совмѣстно владѣющихъ нераздѣленнымъ имуществомъ отца-наслѣдодателя. Подобныя отношенія встрѣчаются вездѣ, и въ особенности у тѣхъ народовъ, богатство которыхъ состоитъ по преимуществу въ недвижимости, а наличные капиталы относительно рѣдки. При подобныхъ условіяхъ экономической жизни раздѣлъ имущества вообще сопряженъ съ такими затрудненіями и неудобствами, что наслѣдники предпочитаютъ общее владѣніе наслѣдствомъ. Благодаря этому положенію дѣлъ совершенно естественно, безъ всякаго особаго договора, образуются союзы, имѣющіе большое сходство съ товариществами[2]).

Подобное общее владѣніе само по себѣ не имѣетъ еще характера communio *omnium* bonorum. Оно не обнимаетъ еще *всего* имущества участниковъ, а распространяется *лишь на то*, которое открывается за смертью общаго наслѣдодателя. Это обстоятельство, насколько намъ извѣстно, *Лейстъ* оставилъ вовсе безъ вниманія. Но надо помнить объ одномъ явленіи въ области римскаго гражданскаго права—явленіи, которое имѣло своимъ послѣдствіемъ, что въ большинствѣ случаевъ между дѣтьми, послѣ смерти отца, дѣйствительно возникала общность всего имущества т. е. отношеніе, фактически напоминающее societas omnium bonorum.

---

[1]) *Leist*: loc. cit. стр. 24 и слѣд.

[2]) *Weber*: loc. cit. стр. 44 и слѣд.

Мы знаемъ, что по древне-римскому гражданскому праву дѣти, при жизни отца, каковы бы ни были ихъ возрастъ и общественное положеніе, находились подъ его неограниченною властью. Эта власть была особенно сильна въ сферѣ имущественнаго права. Пока отецъ былъ живъ, никакой собственности за дѣтьми не признавалось; все, что́ они имѣли, принадлежало ихъ отцу, все, что́ они пріобрѣтали, переходило непосредственно въ собственность главы семейства.

Со временемъ эти строгіе принципы древнѣйшаго гражданскаго права смягчились. Нерѣдко pater familias, довѣряя коммерческимъ способностямъ своихъ сыновей, передавалъ имъ для самостоятельныхъ операцій опредѣленное имущество въ полное распоряженіе. Благодаря этому, въ рукахъ сыновей постепенно образовывались особые фонды, подъ названіемъ peculium profectitium. Относительно ихъ хозяиномъ de jure былъ отецъ, de facto—сынъ. Позднѣе изъ подъ власти отца стали исключать и de jure все то имущество, которое сынъ пріобрѣталъ независимо отъ главы семейства на государственной военной или гражданской службѣ—такъ назыв. peculium castrense и quasi castrense—или все то, что́ досталось ему по наслѣдству отъ матери и родственниковъ по материнской линіи— такъ наз. peculium adventitium.

Процессъ постепеннаго освобожденія дѣтей изъ подъ отцовской власти продолжался до самого *Юстиніана.* Corpus juris признаетъ за дѣтьми, находящимися подъ отцовскою властію, почти полную независимость въ области гражданскаго права еще при жизни отца, подвергая ихъ нѣкоторымъ ограниченіямъ лишь относительно того имущества, которое переходило къ нимъ непосредственно отъ главы семейства. Въ силу этого одно только пріобрѣтенное „a patre“, не становилось собственностью filii familias, но по прежнему сотавляло достояніе отца [1]).

---

[1]) L. 6. pr. §. 1. Cod. de bonis, quae liberis 6. 61. *Юстиніанъ* различаетъ три разряда имущества filii familias. Вопервыхъ peculium castrense и quasi castrense, которое находится въ полной собственности сына безъ всякихъ ограниченій въ пользу отца. Вовторыхъ: „materna bona, bona quae ex maritali lucro ad filios perveniunt, bona quae ex aliis causis filiis extrinsecus adquiruntur“; эта категорія обнимаетъ права и вещи, которыя находятся въ распоряженіи сына съ тѣмъ, чтобъ отцу принадлежало одно только пожизненное пользованіе—usus fructus—если онъ того пожелаетъ, хозяиномъ же всего имущества считается сынъ „dominium filiis familias inhaereat“.—Третью категорію составляютъ: „quae filius familias acquisierit ex ejus substantia cujus in potestate est“, относительно чего соблюдается указанное въ текстѣ правило.



Въ этихъ *позднѣйшихъ стадіяхъ* развитія римскаго гражданскаго права, когда сыновья еще *до смерти* отца начинали пользоваться хозяйственною независимостью, кончина главы семейства уже не имѣла вліянія на правовое положеніе самостоятельнаго имущества сына [1]). Но первоначально, какъ мы видѣли, было иначе. Власть отца считалась вполнѣ неограниченною, и дѣти не пользовались рѣшительно никакими самостоятельными имущественными правами, а все, что̀ пріобрѣтали они, разсматривалось какъ часть отцовскаго достоянія. При такихъ условіяхъ наслѣдство, оставленное умершимъ главою семейства дѣтямъ, дѣйствительно представляло собою *совокупность всего принадлежащаго имъ имущества*—omnia bona eorum—и пока такіе сонаслѣдники не приступали къ раздѣлу наслѣдства, ихъ взаимныя правоотношенія уподоблялись, какъ бы молча—tacite—заключенному союзу societas omnium bonorum. Кромѣ того, если мы еще вспомнимъ, что предписанія XII таблицъ давали право наслѣдства по закону только тѣмъ изъ дѣтей наслѣдодателя, которыя находились подъ отцовскою властью по самый день его смерти, то будетъ еще понятнѣе, какое значеніе и распространеніе должны были получить въ начальной стадіи римскаго права подобныя societates между дѣтьми-сонаслѣдниками.

Впослѣдствіи преторскіе эдикты распространили права наслѣдства по закону и на такъ назыв. filii emancipati, т. е. на сыновей, освобожденныхъ изъ подъ отцовской власти еще при жизни главы семейства. Этимъ несомнѣнно нарушалась справедливость: filii familias все время трудились въ пользу отца, безо всякой выгоды для самихъ себя. Своими трудами и предпріятіями они пріумножали отцовское имущество, а между тѣмъ дѣлались только участниками того наслѣдства, къ которому стали допускаться и filii emancipati, пользовавшіеся все время полною хозяйственною независимостью и зарабатывавшіе исключительно на себя. Естественно

---

[1]) Взгляды юристовъ позднѣйшаго періода на этотъ вопросъ выражаетъ *Папиніанъ*: L. 52. §. 6. Dig. pro socio. 17, 2. Papinianus quoque libro tertio responsorum ait: si fratres parentium indivisas hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quaesierint in commune non redigetur". (Если братья рѣшаютъ владѣть вмѣстѣ нераздѣленнымъ наслѣдствомъ своихъ родителей, то имущество, которое каждому изъ нихъ досталось независимо отъ наслѣдства какимъ нибудь другимъ способомъ, еще не поступаетъ въ общее владѣніе).



было требовать, чтобы filii emancipati присоединили къ наслѣдству, оставленному умершимъ отцомъ, и свое имущество, пріобрѣтенное ими при жизни отца, когда они пользовались полною самостоятельностью. На такихъ то соображеніяхъ основывалась collatio bonorum filii emancipati [1]).

Особенно поучительно сравненіе, которое дѣлаютъ классическіе юристы императорскаго періода между collatio bonorum и обязательствомъ socii omnium bonorum, отдать свое имущество въ общую массу:

L. 52. §. 8. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Idem Papinianus eodem libro (sc. libro tertio responsorum) ait, si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit, et stipendia ceteraque salaria *in commune redigi judicio societatis,* quamvis *filius emancipatus* haec non cogatur conferre fratri, inquit, in potestate manenti, quia et si in potestate maneret, praecipua ea haberet".

„Если братья заключили между собою договоръ societas omnium bonorum, они обязаны присоединить къ общей массѣ и жалованье, получаемое ими на военной (stipendium), или гражданской службѣ (salarium), не смотря на то, что сынъ, освобожденный изъ подъ отцовской власти, исполняя обязательство collatio bonorum, не долженъ предоставлять упомянутыхъ имуществъ своему брату."

Stipendium и salarium составляютъ то самое имущество, которое подразумѣвается подъ названіемъ peculium castrense и quasi castrense.

---

[1]) L. 1. pr. Dig. de collatione bonorum. 37, 6. Ulpianus libro quadragesimo ad edictum: „Hic titulus manifestam habet aequitatem: cum enim praetor ad bonorum possessionem contra tabulas emancipatos admittat participesque faciat cum his, qui sunt in potestate, bonorum paternorum: consequens esse credit, ut sua quoque bona in medium conferant, qui appetant paterna". (Опредѣленія настоящей главы основано на очевидной справедливости. Преторъ допускаетъ къ наслѣдству по закону и сыновей, освобожденныхъ изъ подъ власти. Благодаря этому, filii emancipati пріобрѣтаютъ права на имущество отца наравнѣ съ тѣми дѣтьми, которыя находились подъ властію pater familias по самый день его смерти: вполнѣ послѣдовательно требовать отъ нихъ присоединенія къ наслѣдству родителей и ихъ самостоятельнаго имущества, коль скоро они, предъявляютъ претензіи на это наслѣдство) Ср. *Koeppen*: „System des heutigen römischen Erbrechts". Jena 1862, стр. 4 и слѣд. Впрочемъ, этотъ авторъ впадаетъ въ крайность, говоря объ *общемъ имуществѣ семьи* еще при жизни pater familias: пока послѣдній живъ, онъ является единственнымъ хозяиномъ не только своего собственнаго имущества, но и всего того, что могло быть пріобрѣтено подвластными ему лицами.



Какъ намъ извѣстно, всѣ относящіяся сюда вещи и права еще прежде составляли независимое достояніе даже filii familias; поэтому онѣ и не должны были входить въ составъ отцовскаго наслѣдства, и не засчитывались со стороны filius emancipatus при исполненіи обязательства collatio bonorum.

Находя, въ общихъ чертахъ, большое сходство между collatio bonorum и обязательствомъ socii omnium bonorum присоединить все свое имущество къ массѣ, находящейся въ совмѣстномъ владѣніи товарищей, *Папиніанъ* и *Ульпіанъ* въ вышеприведенной цитатѣ все таки констатируютъ нѣкоторыя различія между обоими понятіями. Не подлежитъ сомнѣнію, что руководящая мысль древнихъ юристовъ состоитъ въ томъ, что filius emancipatus, приносящій свое самостоятельное имущество съ тѣмъ, чтобы участвовать въ наслѣдствѣ отца, какъ бы вступаетъ въ „consortium“, въ „societas omnium bonorum“ со своими братьями.

Въ случаѣ раздѣла этого наслѣдства, самостоятельное имущество эмансипированнаго сына засчитывалось въ силу collatio bonorum въ его наслѣдственную долю. Въ позднѣйшее время къ подобнымъ раздѣламъ прибѣгали въ большинствѣ случаевъ, такъ что „consortium“ между братьями-сонаслѣдниками сохранялось все рѣже и рѣже, а вслѣдствіе этого и юридическій характеръ collatio bonorum выработался преимущественно подъ вліяніемъ правилъ о раздѣлѣ наслѣдства. Но если наслѣдники, по какимъ бы то ни было соображеніямъ, предпочитали общее владѣніе наслѣдствомъ его раздѣлу, то collatio bonorum могла сохранить указанное въ L. 52. §. 8. Dig. cit. значеніе даже въ самые позднѣйшіе періоды римскаго гражданскаго права [1]).

Полагаемъ, послѣ всего сказаннаго становится яснымъ, что societas omnium bonorum, по своему, такъ сказать, интимному характеру, могла имѣть мѣсто только *между ближайшими родствен-*

---

[1]) Не безъинтересно, что техническій терминъ „in medium conferre“ употребляется одинаково для „collatio bonorum“ и для присоединенія имущества отдѣльныхъ соціевъ къ общей массѣ societas omnium bonorum, ср. L. 1. pr. Dig. de collatione bonorum. 37, 6. cit. L. 53. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum: „Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem (sc. omnium bonorum) non oportere conferri palam est. - - Plane si in medium collata sit, commune erit lucrum“. ср. L. 45. §. 2. Dig. de adquir. vel omittenda hered. 29, 2.



никами, а если она и встрѣчалась между лицами, посторонними, то только въ видѣ рѣдкаго, исключительнаго явленія.

§ 2. Наблюденіе надъ развитіемъ сродныхъ институтовъ у другихъ народовъ вполнѣ подтверждаетъ наше предположеніе. Изъ древнегерманскихъ источниковъ, между прочимъ, явствуетъ, что общность имущества, въ самыхъ разнообразныхъ видахъ, у германскихъ племенъ играла весьма важную роль. Но вмѣстѣ съ тѣмъ изъ этихъ же источниковъ мы усматриваемъ, что всѣ формаціи подобныхъ имущественныхъ отношеній предполагали *родовую связь* между участвующими лицами [1]). Такъ назыв. „Gesammthandlehen" феодальнаго права [2]), „Ganerbschaft" между нѣсколькими совладѣльцами одного и того же замка [3]), общность имущества супруговъ—имѣли мѣсто исключительно между членами одного и того же рода или одной и той же семьи, но никогда не встрѣчались между лицами посторонними [4]). Въ однѣхъ только „Markgenossenschaften", т. е. въ общемъ поземельномъ владѣніи обывателей одного селенія, нѣтъ, по крайней мѣрѣ въ позднѣйшихъ стадіяхъ развитія, ничего общаго съ семейною связью. За то въ этомъ новѣйшемъ періодѣ упомянутое учрежденіе не представляется уже общностью *всего* имущества участниковъ. „Markgenossenschaft" болѣе не обнимаетъ всего достоянія принадлежащихъ къ ней обывателей и поэтому, въ своемъ преобразованномъ видѣ, не допускаетъ никакого сравненія съ societas omnium bonorum. Но въ вѣка сѣдой германской старины, когда „Markgenossenschaften" имѣли еще характеръ общности *всего имущества*, основаніемъ для нихъ несомнѣнно служило общее владѣніе *цѣлаго рода* [5]).

---

[1]) *Duncker:* „Das Gesammteigenthum". Marburg 1843, стр. 33 и слѣд

[2]) *Duncker:* loc. cit. стр. 94 и слѣд.

[3]) *Duncker:* loc. cit. стр. 145 и слѣд. *Maurenbrecher:* „Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts". Bonn 1840, стр. 382 и слѣд. *Beseler*: „System des gemeinen deutschen Privatrechts". Berlin 1873, §. 173, nota 9.

[4]) Французскіе юристы называютъ общность имущества между супругами однимъ изъ видовъ товарищества „une espèce de société" ср. *Pothier:* „Traité de la communauté". Paris 1806. Томъ I, стр. 87. „La communauté, entre conjoints par mariage, est une espèce de société de biens qu' un homme et une femme contractent lorsqu' ils se marient".

[5]) *Gierke*: „Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft". Berlin 1868. Томъ I, стр. 60 и слѣд. выражается такимъ образомъ: „In der Regel Geschlechter, auch wol Zweige *eines grossen Geschlechts* oder Vereine mehrerer Geschlechter immer aber einheitli-



Еще болѣе сходства съ римскою societas omnium bonorum находимъ въ нѣкоторыхъ, весьма интересныхъ явленіяхъ быта и жизни славянскихъ племенъ.

Строго родовое [1]) начало лежитъ прежде всего въ основаніи задруги южныхъ славянъ [2]), сохранившей и донынѣ свой первоначальный образъ, съ нѣкоторыми только видоизмѣненіями [3]). Задруга требуетъ полной и неограниченной общности имущества между всѣми лицами ее составляющими. Нѣтъ сомнѣнія, что, по своему первоначальному характеру, она, помимо общаго владѣнія, не могла признавать никакихъ частныхъ имущественныхъ правъ—osobinu или prćiju [4]) —за отдѣльными членами рода, со временемъ, однако, она начинаетъ допускать разнообразныя исключенія. Изъ массы общаго имущества стали выдѣляться вещи, пріобрѣтенныя задругарями путемъ оккупаціи: находка, кладъ, добыча на охотѣ [5]). На подобіе римскаго peculium castrense, право частной собственности признается относительно всего

---

che und von dem Gefühle *engster Lebensgemeinschaft durchdrungene* Genossenschaften occupirten eine Mark oder erhielten sie von der grösseren Mark angewiesen, um sie gemeinschaftlich zu benutzen". При этомъ авторъ ссылается на многочисленныя доказательства изъ различныхъ источниковъ; ср. стр. 60 примѣч. 1. Такой же взглядъ *Gierke* высказываетъ на стр. 70 ibid.

[1]) *Демеличъ*: „Обычное право южныхъ славянъ". Переводъ съ французскаго Гецевича. Москва 1878, стр. 28. „Очень рѣдко случается, когда иностранцы (т. е. постороннія лица несвязанныя между собою родственными узами) составляютъ между собою общину. Однако же говорятъ, что подобные случаи представляются въ Босніи, гдѣ два друга соединяютъ иногда свои хозяйства. Но такая община не держится долго.—Въ Сербскомъ княжествѣ подобныхъ общинъ не находятъ".

[2]) Мы имѣемъ здѣсь въ виду главнымъ образомъ Сербо-Хорватовъ; слѣды задруги, впрочемъ, недавно открыты и у Болгаръ ср. *Гешовъ*: „Задругата въ западна Бѣлгарія" въ Периодическо Списание на Бѣлгарното книжовно Дружество. Книжка 1887 года стр. 426—449 и книжка 1889 года стр. 539—549.

[3]) Этого мнѣнія держится и *Krauss*: „Sitte und Brauch der Südslaven". Wien 1885, стр. 107. Лучшимъ источникомъ по этому вопросу считаются матеріалы, собранные *Богишичемъ* въ: „Zbornik sadašnjih pravnih običaja u južnih slovena". U Zagrebu 1874.

[4]) Prćija происходитъ по мнѣнію *Krauss*'а loc. cit. отъ греческаго προίκιον. См. прямыя доказательства у *Флоринскаго*: „Памятники законодательной дѣятельности Душана Царя Сербовъ и Грековъ". Кіевъ 1888, стр. 412, 427, 482.

[5]) Такіе обычаи соблюдаются въ Ликѣ близь Велебита въ Далмаціи: „Može svaki zadrugar imati prćiju. Nalazak, koji nije ničiji"... Въ Босніи „Mogu (imati prćiju) njeki lowom"... *Богишичъ*: loc. cit. стр. 82, 83.

пріобрѣтеннаго на военной и морской службѣ [1]). Какъ osobina разсматривается приданое жены [2]), а въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ даже все добытое самостоятельною торговлею и другими промыслами [3]). Хотя osobina или prćija въ позднѣйшихъ стадіяхъ развитія встрѣчается довольно часто [4]), тѣмъ не менѣе въ народномъ правосознаніи она представляется чуждою основнымъ началамъ задруги и ея возникновеніе приписывается иноземному вліянію [5]). Честный и исправный задругарь не смѣетъ задерживать у себя ни одного гроша. Все, что́ пріобрѣтено имъ, онъ долженъ представить главѣ рода, домачину. Утайка малѣйшей цѣнности влечетъ за собою позоръ и немедленное удаленіе изъ союза [6]). Вообще, въ народѣ живетъ то убѣжденіе, что члены задруги не должны имѣть отдѣльной самостоятельной собственности, ибо допущеніе особины неизбѣжно влечетъ за собою разложеніе самой задруги, вызывая противорѣчащій общимъ интересамъ личный узкій эгоизмъ [7]). „Будь тотъ проклятъ, говорятъ въ Далмаціи,

---

[1]) Также по обычаямъ, соблюдаемымъ въ Ликѣ: „Vojnik što od svoje plaće prištedi njegovo je, kao i zasluga“.... *Богишичъ*: loc. cit. стр. 82.

[2]) Въ Сербіи въ Родьевскомъ и Азбуковацкомъ округахъ, а также въ Добричѣ въ Банатѣ; „Samo oni zadrugari drže osobinu, koji dobiju uza ženu kakwi miraz“;.. и въ другихъ мѣстахъ. *Богишичъ*: loc. cit. стр. 83. *Krauss*: loc. cit. высказываетъ даже то предположеніе, что зародышъ osobin'ы заключается именно въ приданомъ.

[3]) Въ Далмаціи въ Макарскомъ приморьѣ: „i to je ako se bave trgovinom, ili ako znadu kakav zanat“. *Богишичъ*: loc. cit. стр. 83.

[4]) Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ особина продолжаетъ быть рѣдкимъ исключеніемъ; такъ напр., въ селѣ Строжинцы въ Срѣмѣ: „Takovi su rijetki slučajevi“. *Богишичъ*: loc. cit. стр. 83.

[5]) Въ Далмаціи въ Макарскомъ приморьѣ: „u narodu postoji ta misao, a zadrugar nesmije imati (sc. osobinu) a to što imaju lako da je upliv tugjih običaja, jer obično takovo pravo smatraju za nedružno, i takova obitelj skoro mora da je pri razdjelbi“. *Богишичъ*: loc. cit. стр. 83.

[6]) Въ Черногоріи, Герцеговинѣ и Которѣ: „Pravi i pošteni zadrugar nikako neće pri sebi ma koliko novaca držati, makar kako ih stekao doklen je u familiji, nego svaki preda vjerno domaćinu u ruke. A da bi koji sakrio pa mu se obazna, on postane spram čitave familije bezobrazan i u brzo ga od sebe odijele“. *Богишичъ:* loc. cit. стр. 83.

[7]) Въ Сербіи, въ Любовицкомъ и Азбуковацкомъ округахъ: „ali je to povod raspri i diobi“. Въ Далмаціи по долинѣ рѣки Цетины: „Zadrugari mogu imati svoju osobinu ili prćiju, koja i čini da se zadruga razdijeli, jer se svak za svojim radije stara nego za općim“. *Богишичъ*: loc. cit. стр. 82.

кто изобрѣлъ особину, ибо она портитъ, разъединяетъ и ослабляетъ нашу семью и весь нашъ народъ“ [1]).

Первичныя цѣли задруги хозяйственныя, но со временемъ къ нимъ присоединяются и другія, придающія союзу характеръ нравственно-политическій. Защита личной безопасности задругарей, ихъ женъ и дѣтей, исполненіе государственныхъ повинностей общими, соединенными силами, дѣлаются важною обязанностью всего рода. Наконецъ, само правительство, главнымъ образомъ, въ Австріи на Военной Границѣ и въ Сербіи, стало смотрѣть на задругу, какъ на весьма удобнаго посредника между административными властями и отдѣльными лицами, и въ нѣкоторыхъ случаяхъ начало оказывать этимъ союзамъ даже поддержку [2]).

Благодаря всему этому, нерѣдко утрачивается первоначальный, частноправный типъ задруги; она перестаетъ быть societas omnium bonorum съ семейственнымъ характеромъ и признается, подъ вліяніемъ современной доктрины, юридическимъ лицомъ [3]). Но не смотря на эти немаловажныя видоизмѣненія, задруга все же сохраняетъ и донынѣ свою *строго родовую* сущность. *Безъ родовыхъ началъ* она немыслима, и между иными лицами, кромѣ членовъ одного и того же рода, не встрѣчается.

Къ типу римской societas omnium bonorum еще болѣе приближается одно изъ весьма характерныхъ явленій въ жизни великорусскаго племени, такъ назыв. *большая семья* [4]). Сходство между этими двумя

---

[1]) Тамъ же: „Proklet bio ko je prćiju izmislio, jer kvari, razdrobljava i slabi naše familije i naš vaskolik narod!“ *Богишичъ:* loc. cit. стр. 82.

[2]) *Демеличъ*: loc. cit. стр. 23 и слѣд.

[3]) См. Черногорское гражданское уложеніе: „Општи имовински законик за књажевину црну гору“. Дио пети Разд. VI, ст. 686. „Свака се куча, т. ј. кучна заједница сматра самосталним имаоником, што се год тиче домачих добара и имовине“.

[4]) Особый интересъ представляетъ въ этомъ отношеніи трудъ г-жи *Ефименко*: „Изслѣдованія народной жизни“ выпускъ I, обычное право. Москва 1884. Къ сожалѣнію, эта работа страдаетъ однимъ весьма существеннымъ недостаткомъ: она лишена строго научныхъ пріемовъ и имѣетъ скорѣе характеръ фельетоннаго изложенія. Богатые матеріалы разбросаны, ссылки на источники отсутствуютъ почти совершенно и единственною руководящею нитью остаются одни субъективныя разсужденія автора.—Образцами для собирателей подобныхъ матеріаловъ могутъ служить приведенный нами выше трудъ *Богишича* и сочиненіе *Пахмана*: „Обычное гражданское право въ Россіи“. С.-Петербургъ 1879. Въ нихъ мы находимъ самыя точныя, документальныя указанія, въ какихъ именно мѣстностяхъ соблюдаются приведенные обычаи.



союзами заключается собственно въ томъ, что они оба возникаютъ изъ семейныхъ началъ и на самомъ дѣлѣ встрѣчаются почти что только между близкими родственниками. Правда, по принципу, русская большая семья, какъ и римская societas omnium bonorum, возможна и между посторонними лицами, но и между такими лицами этотъ союзъ всегда принимаетъ, по крайней мѣрѣ, внѣшнюю форму семьи [1]). Юридическимъ основаніемъ въ большой семьѣ служитъ всегда общность всего имущества. Подобно тому какъ въ римской societas omnium bonorum, и въ русской большой семьѣ наслѣдники ея общаго главы остаются въ совмѣстномъ хозяйствѣ до тѣхъ поръ, пока не пожелаютъ раздѣлиться [2]). Но трудовое начало, господствующее въ жизни великорусскаго крестьянина, во многихъ случаяхъ исключаетъ изъ этого, по принципу семейственнаго союза, даже близкихъ родственниковъ, если только они не отдаютъ ему своей рабочей силы, и напротивъ, присоединяетъ къ большой семьѣ даже людей постороннихъ, если только они трудились въ ея пользу. Наконецъ, бываетъ и такъ, что вся большая семья состоитъ изъ однихъ только постороннихъ лицъ, составляющихъ, такимъ образомъ, societas omnium bonorum, основывающуюся непосредственно на договорѣ.

„Отчего, спрашиваетъ г-жа *Ефименко*, принимаетъ та́кой союзъ людей не форму свободной ассоціаціи, а рѣшительно не соотвѣтствующую ему форму семьи? Вѣроятно, отъ того, отвѣчаетъ она, что крестьяне, находясь подъ вліяніемъ родовыхъ понятій, только съ союзомъ, имѣющимъ видъ семейный, кровный, соединяютъ понятіе о прочности, гарантирующей цѣлость такого союза и исполненіе членами ихъ взаимныхъ обязательствъ“ [3]). Противъ этихъ доводовъ мы не споримъ; но, по нашему мнѣнію, они не достаточно разъясняютъ самую суть дѣла. Тутъ дѣло не въ одной прочности, но и въ томъ, что общность всего имущества, свойственная этимъ союзамъ, мыслима лишь при такой формѣ общежитія, которая всѣ имущественные интересы соединяетъ въ одно цѣлое, а это бываетъ только между людьми, связанными узами брака или кровнаго родства [4]).

---

[1]) См. *Ефименко*: loc. cit. стр. 66 и приведенные на стр. 65 интересные примѣры.

[2]) *Пахманъ*: loc. cit. стр. 10.

[3]) *Ефименко*: loc. cit. стр. 66.

[4]) См. наше изложеніе выше на стр. 18 и слѣд.—а также 30 и слѣд.

По принципу и здѣсь частная собственность отдѣльныхъ членовъ не признается, а равнымъ образомъ и всѣ долги, возникшіе въ то время, когда семейное имущество находилось въ общемъ владѣніи, считаются общими. Даже все то, что́ получено однимъ изъ членовъ недозволеннымъ способомъ, взыскивается со всѣхъ участниковъ большой семьи, если только оно пошло на общую пользу [1]).

При прекращеніи союза и раздѣлѣ имущества трудовое начало опять играетъ рѣшающую роль [2]). Кто отсутствовалъ или вообще не работалъ вмѣстѣ съ семьею и для нея, тотъ не можетъ участвовать въ распредѣленіи массы [3]). Онъ находится какъ бы въ положеніи filius emancipatus римскаго права. Послѣдовательное примѣненіе обычая русскихъ крестьянъ должно было бы допускать и collatio bonorum, въ силу которой, если отсутствовавшій членъ большой семьи отдаетъ плоды своего личнаго труда въ общую массу, то ему не слѣдуетъ отказывать въ участіи при раздѣлѣ общаго имущества.

Изъ всего вышесказаннаго слѣдуетъ, что societas omnium bonorum и общность всего имущества, имѣя свои корни въ семейной жизни, отличаются общечеловѣческимъ, международнымъ характеромъ. „Греки, говоритъ *Юстиніанъ* въ своихъ институціяхъ, имѣютъ для societas omnium bonorum особый терминъ, они называютъ ее „κοινοπραξία“.

Pr. Inst. de societate. 3, 25: „Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant“.

Подобныя спеціальныя указанія на иностранные, по большей части греческіе термины, мы встрѣчаемъ въ corpus juris только по

---

[1]) *Пахманъ*: loc. cit. стр. 294. Это тотъ же самый принципъ, который высказываютъ римскіе источники въ L. 53. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum: „Quod autem *ex furto* vel ex *alio maleficio* quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est. *Planc si in medium collata sit, commune erit lucrum*“. Товарищество отвѣчаетъ за имущественные убытки, причиненные преступнымъ дѣяніемъ одного изъ его членовъ, коль скоро оно обогатилось вслѣдствіе такого деликта.

[2]) *Пахманъ*: loc. cit. стр. 304 и слѣд. „Въ нѣкоторыхъ, хотя и весьма немногихъ, мѣстностяхъ общее имущество дѣлится только по числу работниковъ, причемъ малолѣтніе наслѣдники не принимаются въ разсчетъ“ (въ Екатеринославск. губ. Павлоградскаго уѣзда Ново-ив. вол. и въ Сарат. губ. Залот.).

[3]) *Пахманъ*: loc. cit. стр. 293.



отношенію къ тѣмъ институтамъ, которые или коренятся въ жизни другихъ народовъ, или находятъ у нихъ особое развитіе и широкое примѣненіе [1]).

§ 3. При дальнѣйшемъ развитіи римскаго гражданскаго права, эта societas omnium bonorum, возникшая на почвѣ семейной жизни, не могла сохранить за собою свое первоначальное значеніе. По мѣрѣ того, какъ увеличивалась имущественная самостоятельность filii familias еще при жизни главы семейства, по мѣрѣ того, какъ стало вырабатываться особое положеніе peculium castrense, quasi castrense, adventitium regulare и irregulare, наслѣдство умершаго отца переставало быть единственнымъ имуществомъ его дѣтей. Какъ мы видѣли, послѣднія весьма часто бывали обладателями независимыхъ состояній, помимо того имѣнія, которое оставилъ имъ отецъ. Разумѣется, при такихъ условіяхъ нераздѣленное наслѣдство умершаго главы семейства не могло уже представлять прежнюю общность всего имущества дѣтей-сонаслѣдниковъ, а поэтому и societas omnium или totorum bonorum, въ позднѣйшихъ періодахъ, встрѣчается все рѣже и рѣже. Но всетаки, согласно своему первоначальному характеру, она, по нашимъ наблюденіямъ, и позже имѣла мѣсто почти исключительно между родственниками или супругами [2]). Изъ совре-

---

[1]) Къ сожалѣнію всѣ старанія открыть въ греческомъ правѣ болѣе подробныя свѣдѣнія о товариществахъ остаются пока тщетными. Но не подлежитъ сомнѣнію, что и у Эллиновъ подобные союзы играли немаловажную роль.

[2]) Во всей казуистикѣ Дигестъ и кодекса, намъ по крайней мѣрѣ, не удалось открыть ни одного случая учрежденія такого товарищества между посторонними лицами.

L. 73. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro primo responsorum. „*Maximino* respondit, si societatem universarum fortunarum coierint, id est earum quoque rerum, quae postea cuique adquirentur, hereditatem cuivis eorum delatam in commune redigendam. Idem *Maximae* respondit etc“.....

Къ *Ульпіану* обратился за совѣтомъ нѣкто Максиминъ, который очевидно заключилъ „societas omnium bonorum“ со своей сестрою или женою Максимою.

L. 52. §. 8. Dig. eod. tit.: „Idem Papinianus eodem libro ait, si inter *fratres* voluntarium consortium initum fuerit.... etc. Здѣсь состоялась societas omnium bonorum (consortium) между братьями независимо отъ наслѣдства отца, по добровольному соглашенію между ними ср. L. 52. §. 6. Dig. eod. tit. L. 4. pr. Dig. de cond. inst. 28, 7. L. 47. §. 6. Dig. de administr. et peric. 26, 7. „Altero ex *duobus fratribus* sociis bonorum“... L. 78. Dig. de adquir. vel omitt. hered. 29, 2. „*Duo fratres* fuerant, *bona communia* habuerant“ .. L. 89. §. 3. Dig. de leg. II Scaevola libro quarto responsorum: „Lucius Titius intestato moriturus, cum haberet *uxorem et ex ea filiam* emancipatam, codicillis haec verba inseruit: „pertinent autem hi codicilli *ad uxorem et filiam*. Primum autem rogo, sic inter vos agatis, ut me vivo egistis itaque rogo, *ut quidquid aut ego reliquero aut quod*

менныхъ законодательствъ прусское земское уложеніе—вполнѣ въ духѣ римскаго права—допускаетъ societas omnium bonorum только между мужемъ и женою [1]).

И въ самомъ дѣлѣ, такой тѣсный, всеобъемлющій имущественный союзъ, какъ по своему прямому значенію, такъ и по своимъ неизбѣжнымъ послѣдствіямъ, мыслимъ только между лицами, находящимися въ столь близкихъ отношеніяхъ, что цѣли ихъ жизни какъ бы отождествляются. Таковы отношенія между супругами, между дѣтьми-сонаслѣдниками, не желающими раздѣломъ наслѣдства уничтожить цѣльность хозяйства, созданнаго отцомъ наслѣдодателемъ. Въ сущности они пребываютъ въ прежнемъ положеніи и составляютъ одну большую семью, какъ бы все еще находящуюся подъ властью умершаго главы семейства [2]).

Всѣ эти обстоятельства придаютъ societas omnium bonorum скорѣе семейственно-нравственное, чѣмъ строго дѣловое значеніе. Возникшая на почвѣ такого товарищества общность всего имущества не допускаетъ признанія за участниками различныхъ долей. Съ момента образованія товарищества все имущество становится общимъ съ равными интеллектуальными частями—partes pro indiviso.

---

vos ipsae habetis, commune vobis sit". О томъ же самомъ случаѣ расказываетъ *Scaevola* и въ двадцать первой книгѣ своихъ дигестъ ср. L. 80. (78) pr. Dig. ad Sclt. Trebellianum. 36, 1, далѣе см. L. 16. §. 3. Dig. de aliment. leg. 34, 1: Scaevola libro octavo decimo digestorum: „Qui *societatem omnium bonorum* suorum cum *uxore sua* per annos amplius quadraginta habuit,.... Косвенныя указанія мы найдемъ въ L.L. 4, 6. Cod. communia utriusque judicii 3, 38.—Положеніе юристовъ классиковъ, что только тò наслѣдство, которое товарищъ получаетъ по закону, должно перейти въ общую массу societas, между тѣмъ какъ наслѣдство по завѣщанію составляетъ его исключительное достояніе—можно объяснять какъ воспоминаніе о семейномъ, родовомъ характерѣ societas omnium bonorum ср. L. 3. §. 2. Dig. pro socio. 17, 2. Наслѣдство *по закону* переходитъ къ наслѣдникамъ отъ членовъ того же рода, той же семьи; оно какъ бы прирастаетъ къ родовому имуществу societas omnium bonorum. Между тѣмъ наслѣдство по завѣщанію можетъ быть получено и отъ посторонняго лица, благодаря особеннымъ личнымъ отношеніямъ послѣдняго къ одному изъ товарищей ср. L. 9. Dig. pro socio. 17, 2. Оно, поэтому, должно быть уподобляемо даренію или приданому жены, которыя напр. и въ задругѣ южныхъ славянъ составляютъ такъ наз. прикію или особину задругаря.

[1]) Allg. Landrecht für die preussischen Staaten. Theil I, Tit. 17, §. 176. „Eine allgemeine Gütergemeinschaft kann durch Vertrag *nur unter Eheleuten* errichtet werden". ср. *Bornemann*: „Systematische Darstellung des preussischen Civilrechts". Berlin 1836. Томъ IV, стр. 38 и слѣд. и *Dernburg*: „Lehrbuch des preussischen Privatrechts". Halle 1880. Томъ II, стр. 604 и слѣд.

[2]) Argum: L. 89. §. 3. Dig. de leg. II. „sic inter vos agatis, ut *me vivo* egistis"...



Основаніе и цѣль всякой двусторонней юридической сдѣлки заключаются во взаимной выгодѣ участниковъ, и по принципу къ этому должны стремиться всѣ договоры въ области гражданскаго права. Какъ правоотношеніе между лицами, *не связанными узами родства или брака*, societas omnium bonorum, съ упомянутой точки зрѣнія, мыслима только въ томъ случаѣ, когда матеріальныя средства контрагентовъ совершенно равносильны. При отсутствіи-же нравственной семейной связи между товарищами, малѣйшая неравномѣрность въ ихъ доляхъ нарушала бы тѣ основныя экономическія правила оборота, которыя должны лежать въ основаніи всѣхъ договоровъ, и особенно договора товарищества [1]).

Уже одно это обстоятельство должно было сильно ограничивать примѣненіе нашего института въ дѣловой жизни. Но есть еще другая черта societatis omnium bonorum, которая препятствовала возникновенію этого союза между посторонними лицами. Мы говоримъ о крайней затруднительности ликвидаціи общихъ дѣлъ въ тѣхъ случаяхъ, когда участники желаютъ прекратить взаимныя отношенія. Можно смѣло сказать, что societas omnium bonorum, по своему проникающему всю жизнь товарищей характеру, по своимъ связывающимъ ихъ все тѣснѣе и тѣснѣе послѣдствіямъ, какъ бы предназначена оставаться безсрочнымъ, пожизненнымъ союзомъ [2]).

Суммируя всѣ эти разсужденія, мы приходимъ къ заключенію, что societas omnium bonorum, по своимъ послѣдствіямъ въ области хозяйственныхъ отношеній, не могла имѣть общаго примѣненія. Она мыслима только тамъ, гдѣ участвующія лица связаны нравственными и кровными узами, гдѣ общность всего имущества и совмѣстная жизнь являются естественными послѣдствіями этой нравственной и кровной связи.

§ 4. Убѣдившись въ указанномъ семейно-нравственномъ характерѣ societas omnium bonorum, какъ института общечеловѣческаго, мы должны обратить вниманіе еще на одно обстоятельство,

---

[1]) Argum: L. 29. §. 2. Dig. pro socio. 17, 2. L. 32. §. 24. Dig. de donat. inter vir. et uxor. 24, 1. ср. также L. 16. §. 1. Dig. de minoribus 4, 4. L. 3. §. 3. Dig. pro socio. 17, 2. и друг.

[2]) На этомъ основаніи напр. прусское земское уложеніе требуетъ заключенія не только societas omnium bonorum, но и такъ наз. allgemeine Erwerbsgesellschaft строго формальнымъ порядкомъ при содѣйствіи суда. Ср. Allg. Landrecht für die preussischen Staaten. Theil I, Tit. 17, §. 178. *Bornemann*: loc. cit. стр. 39.



которое побуждаетъ насъ искать корни римскаго товарищества, помимо семейныхъ союзовъ, въ другихъ явленіяхъ и отношеніяхъ дѣловой жизни.

Извѣстно, что искъ, служившій главнымъ основаніемъ дальнѣйшаго развитія contractus societatis въ римскомъ законодательствѣ—actio pro socio—обязанъ своимъ существованіемъ преторской судебной практикѣ, и что онъ впервые появился въ преторскомъ эдиктѣ. Возникаетъ вопросъ: могла ли общность имущества дѣтей-сонаслѣдниковъ послѣ смерти главы семейства порождать между ними такія отношенія, развязка которыхъ была мыслима лишь при помощи творческой силы преторскаго правосудія? При строго консервативномъ и исключительно практическомъ духѣ римскихъ законодателей, правовѣдовъ и въ особенности преторовъ, новые институты, новыя средства для защиты правъ или новые иски не могли возникать тогда, когда существующіе законы достаточно ограждали подлежащіе ихъ опредѣленію и защитѣ интересы. Но находились ли дѣйствительно дѣти-сонаслѣдники въ такомъ положеніи, чтобы въ случаѣ спора между ними, который могъ бы повести къ прекращенію общности имущества и къ его раздѣлу, древне-римскіе гражданскіе законы—jus civile—не давали имъ никакихъ средствъ для защиты своихъ правъ? Намъ кажется, что интересы этихъ лицъ были вполнѣ обезпечены, благодаря введенной закономъ двѣнадцати таблицъ actio familiae erciscundae [1]). При несогласіи между членами всякаго хозяйственнаго союза, древніе юристы всегда отдавали предпочтеніе немедленному прекращенію всѣхъ связей предъ какимъ бы то ни было другимъ исходомъ. Къ этому и были направлены всѣ средства для защиты правъ, которыми пользовались лица, участвующія въ подобныхъ ассоціяціяхъ. Каждый изъ наслѣдниковъ предъявленіемъ actio familiae erciscundae могъ достигнуть окончательнаго раздѣла наслѣдства, помимо воли его сонаслѣдниковъ. Не смотря на то, что этотъ искъ основывался на строгомъ jus civile двѣнадцати таблицъ, онъ тѣмъ не менѣе допускалъ

---

[1]) L. 1. pr. Dig. familiae erciscundae. 10, 2. Gajus libro septimo ad edictum provinciale: „Haec actio (sc. familiae erciscundae) *proficiscitur ex lege duodecim tabularum*: namque coheredibus volentibus a communione discedere necessarium videbatur aliquem actionem constitui, qua inter eos res hereditariae distribuerentur". (Этотъ искъ возникаетъ изъ закона двѣнадцати таблицъ, ибо разъ наслѣдники желали прекратить общность имущества—communio—нуженъ былъ искъ, благодаря которому они могли бы добиться раздѣла наслѣдства).



полную свободу дѣйствій сторонъ, насколько это было необходимо для обезпеченія ихъ интересовъ. Его цѣль не ограничивалась простымъ раздѣломъ наличнаго имущества, онъ принималъ въ соображеніе рѣшительно все, чего только могло потребовать заинтересованное лицо изъ общей наслѣдственной массы, напр., вознагражденіе за издержки, сдѣланныя имъ на общую пользу: ремонтировку входящихъ въ составъ наслѣдства вещей и т. п.

L. 22. §. 4. Dig. familiae erciscundae. 10. 2. Ulpianus libro nono decimo ad edictum: „Familiae erciscundae judicium ex duobus constat, id est rebus atque praestationibus, quae sunt personales actiones."

Искъ familiae erciscundae имѣетъ, можно сказать, двѣ функціи. Ему прежде всего свойственъ вещный характеръ, но предметомъ его могутъ быть и дѣйствія лицъ, чтó придаетъ ему всѣ свойства иска, возникающаго изъ обязательства. Правда, по строгимъ правиламъ jus civile, этотъ искъ допускался по дѣламъ каждаго наслѣдства только одинъ разъ. Одно и тоже наслѣдство могло быть предметомъ только одного процесса, поэтому вещи и цѣнности, оставленныя безъ вниманія при первомъ раздѣлѣ, уже не могли служить объектомъ вторично предъявленной actio familiae erciscundae. Но если строгое jus civile двѣнадцати таблицъ и закрывало путь къ требованію дополнительнаго раздѣла, то на помощь являлась судебная практика преторовъ: въ видѣ actio communi dividundo она создала средство, доставлявшее наслѣдникамъ полную возможность достигать раздѣла такихъ вещей, которыя почему либо не были раздѣлены при первомъ процессѣ по actio familiae erciscundae:

L. 20. §. 4. Dig. familiae erciscundae. 10. 2. Ulpianus libro nono decimo ad edictum: „Familiae erciscundae judicium *amplius, quam semel* agi non potest nisi causa cognita: [1]) quod si quaedam res indivisae relictae sunt, communi dividundo de his agi potest."

---

[1]) Приведенная цитата изъ дигестъ повторяетъ нашу мысль. Слова „nisi causa cognita" могли бы произвесть на читателя впечатлѣніе, будто въ извѣстныхъ случаяхъ всетаки допускалось повтореніе actio familiae erciscundae по одному и тому же дѣлу. Но выраженіе „causa cognita" указываетъ лишь на чрезвычайное средство преторской in integrum restitutio. Того же мнѣнія придерживается и глосса *Аккурсія*.

Мы видимъ, что преторское право постепеннымъ развитіемъ и дополненіемъ строгихъ опредѣленій jus civile поставило сонаслѣдниковъ, а рядомъ съ ними лицъ, участвующихъ въ societas omnium bonorum первоначальнаго, семейнаго типа, въ такое положеніе, которое могло удовлетворять всѣмъ интересамъ жизни[1]). Спрашивается, неужели нужны были, послѣ этого, товарищамъ-сонаслѣдникамъ новыя средства для защиты своихъ правъ, въ видѣ особаго, основаннаго на преторскомъ правѣ иска, какимъ представляется actio pro socio? На такой вопросъ мы должны отвѣтить отрицательно, и тѣмъ болѣе, что упомянутый искъ, особенно въ своемъ первоначальномъ видѣ, съ практической точки зрѣнія не давалъ ничего такого, чего уже не было въ actio familiae erciscundae.

Прямая цѣль actio pro socio заключалась въ раздѣлѣ имущества между товарищами. Этотъ искъ предъявлялся, поэтому, только тогда, когда ктолибо изъ участниковъ желалъ ликвидаціи всего дѣла:

> L. 65. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Actione distrahitur, cum aut stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod judicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit.“

Павелъ ссылается здѣсь на авторитетное показаніе одного изъ старѣйшихъ юристовъ классическаго періода, *Прокула*. Послѣдній утверждалъ, что преторскій искъ — actio pro socio — былъ введенъ именно съ цѣлью допустить возможность прекращенія товарищества, по желанію любого изъ участниковъ. Свидѣтельство *Прокула* имѣетъ для насъ въ данномъ случаѣ большую цѣнность. Онъ жилъ въ то время, когда занесеніе actio pro socio въ преторскій эдиктъ было, какъ мы полагаемъ, событіемъ еще новымъ. Онъ могъ помнить

---

[1]) Что actio communi dividundo обязана своимъ существованіемъ преторскому праву, извѣстно, но намъ кажется, что допущеніе такъ наз. „personales praestationes“ въ связи съ actio familiae erciscundae тоже основано на болѣе свободномъ, авторитетномъ толкованіи преторской практики. Правильность нашего предположенія доказываетъ и то обстоятельство, что объ этомъ расширеніи actio familiae erciscundae впервые упоминается въ комментаріи *Ульпіана* къ преторскому эдикту ср. L. 22. §. 4. Dig. 10, 2. cit.



или легко навести справки о тѣхъ фактическихъ обстоятельствахъ и юридическихъ соображеніяхъ, которыя побудили преторовъ включить этотъ новый искъ въ свои указы.

Изъ предыдущаго мы видимъ, что цѣль исковъ familiae erciscundae и pro socio одинаково направлена на раздѣлъ имущественной массы и, что въ этомъ отношеніи дѣйствія обоихъ совершенно совпадаютъ. Стало быть, для защиты интересовъ товарищей-сонаслѣдниковъ, вполнѣ обезпеченныхъ болѣе древнею actio familiae erciscundae, не было никакой надобности въ другой формѣ иска того же значенія.

Очевидное сходство въ цѣляхъ обоихъ упомянутыхъ исковъ обращаетъ наше вниманіе еще на другое обстоятельство. Можно допустить, что actio familiae erciscundae со своими personales praestationes служила главнымъ основаніемъ и образцомъ для actio pro socio. *Лейстъ* дѣйствительно и приходитъ къ подобнымъ выводамъ [1]). Онъ называетъ основанную на строгомъ jus civile actio familiae erciscundae прототипомъ—das historische Vorbild—позднѣйшаго преторскаго иска—actio pro socio. Правда, помимо того, что цѣль обоихъ исковъ одинаково направлена на раздѣлъ имущественной массы, они сходны и въ томъ, что не могутъ быть предъявлены по одному и тому же дѣлу больше одного раза [2]). Но здѣсь-то и обнаруживается коренная разница въ ихъ юридической конструкціи. Предъявленіе actio familiae erciscundae уничтожаетъ, *въ силу ея особаго свойства*, прежнюю связь между сонаслѣдниками, а этимъ самымъ и всѣ предположенія для вторичнаго предъявленія того-же иска, тогда какъ въ actio pro socio невозможность повторенія вызывается *обязательственнымъ, договорнымъ* характеромъ самого института товарищества. Источники говорятъ:

> L. 65. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Actione distrahitur, cum aut stipulatione aut judicio mutata sit causa societatis.“

„Вслѣдствіе предъявленія иска—actio pro socio—упраздняется товарищество, такъ какъ stipulatio или judicium измѣняютъ юридическое основаніе договора“. Stipulationes praetoriae и judicium, или точнѣе litis contestatio, о которыхъ здѣсь идетъ рѣчь, прекращаютъ вся-

---

[1]) См. *Leist*: loc. cit. стр. 26 и слѣд.

[2]) L. 20. §. 4. Dig. fam. erc. 10, 2. L. 65. pr. Dig. pro socio. 17, 2.

кое обязательство въ силу новаціи. На мѣсто прежнихъ правоотношеній, существовавшихъ до обращенія тяжущихся къ претору, являются новыя. Въ случаѣ stipulatio praetoria они основываются на особомъ договорѣ, заключенномъ по требованію и указанію представителя судебной власти. Если же состоялась litis contestatio и тяжба объявлялась открытой, то прежнее обязательство по строго формальнымъ правиламъ римскаго судопроизводства, болѣе не существовало. Вмѣсто него устанавливалось новое положеніе, въ силу котораго истецъ могъ требовать уже не исполненія прежняго договора и обязательства, но присужденія ему должнаго со стороны отвѣтчика—condemnari oportere [1]). Отношенія, возникшія изъ litis contestatio, *Келлеръ* справедливо называетъ какъ бы договоромъ—quasi contractus [2]).

Въ основаніи actio pro socio лежалъ съ самаго начала *своеобразный, самостоятельный договоръ*, корни котораго не имѣли ничего общаго съ возникшей изъ семейныхъ началъ societas omnium bonorum. Послѣдняя, вѣроятно лишь со временемъ, присоединилась къ общему понятію товарищества и только въ дальнѣйшемъ развитіи оказала свое вліяніе на юридическій характеръ всего института. И въ самомъ дѣлѣ, если дѣти-сонаслѣдники, послѣ смерти отца-наслѣдодателя, желали оставаться въ общемъ владѣніи, въ имущественной связи между собою, то тутъ меньше всего требовались особые договоры и условія. Достаточно было не приступать къ раздѣлу наслѣдства, и communio являлась вполнѣ естественной. Такое фактическое товарищество на основаніи нераздѣленнаго наслѣдства—erctum non citum—продолжалось до тѣхъ поръ, пока кто-либо изъ заинтересованныхъ лицъ не предъявилъ actio familiae erciscundae. Вмѣстѣ съ тѣмъ мы имѣемъ неопровержимыя доказательства того, что преторы, внося въ свои эдикты actio pro socio, и включая этимъ societas въ гражданское право своей страны, имѣли въ виду одни только *договоры*, какъ единственное основаніе новаго иска. *Безъ договора нѣтъ никакой actio pro*

---

[1]) Gai Institutiones III, §. 180. „Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere", ср. L. 11. §. 1. Dig. de novationibus et delegationibus. 46, 2. Vatic. Fragmenta. §. 263 и др.

[2]) *Keller*: „Der römische Civilprocess und die Actionen". Leipzig 1883. §. 62, стр. 313 и слѣд.



socio. Contractus, tractatus считаются главнымъ и необходимымъ предположеніемъ преторскаго иска. Эту мысль высказываютъ римскіе юристы неоднократно въ своихъ комментаріяхъ къ эдикту:

L. 32. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro secundo ad edictum: „Nam cum *tractatu habitu* societas coita est, pro socio actio est, cum *sine tractatu* in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur, L. 33. eod. ut in conductionibus publicorum, item in emptionibus: nam qui nolunt inter se contendere, (sc. actione pro socio) solent per nuntium rem emere in commune, *quod a societate longe remotum est*.

Actio pro socio допускается только тамъ, гдѣ былъ заключенъ договоръ товарищества. Когда же такого соглашенія не было, то отношенія сторонъ подходятъ подъ другую категорію. Онѣ тогда связаны лишь общимъ владѣніемъ вещью или тѣмъ, что сообща заключили какую либо сдѣлку съ третьимъ лицомъ. Если же стороны желаютъ избѣгнуть товарищества, покупая, напр., одну и ту же вещь вмѣстѣ, то стоитъ имъ только поручить это дѣло общему уполномоченному. Подобныя правоотношенія, разумѣется, рѣзко отличаются отъ товарищества.

Тотъ же самый взглядъ еще рѣшительнѣе высказанъ *Ульпіаномъ* въ комментаріяхъ къ книгамъ *Сабина*:

L. 31. Dig. pro socio 17, 2. Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum: „Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum *non affectione societatis* incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata, item si a duobus simul empta res sit, aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri".

Для предъявленія actio pro socio необходимо, чтобы правоотношенія тяжущихся основывались на договорѣ товарищества—societas (sc. contractus societatis) intercedere oportet. Одного общаго владѣнія вещью еще мало, ибо подобная communio можетъ случиться и внѣ всякаго товарищества, коль скоро у совладѣльцевъ нѣтъ на лицо желанія вступить въ contractus societatis [1]), т. е. отсутствуетъ affectio societatis.

[1]) Ту же мысль мы встрѣчаемъ у *Помпонія*. L. 37. Dig. pro socio. 17, 2. См. также L. 44. L. 52. §. 3. in fin. Dig. eod. tit.



По неопровержимому свидѣтельству источниковъ основаніемъ товарищества въ римскомъ гражданскомъ правѣ былъ договоръ совершенно своеобразнаго типа. Происхожденіе такого договора составляетъ для насъ вопросъ первой важности. Переходимъ къ отысканію первичныхъ его зародышей.

ГЛАВА ТРЕТЬЯ.

Происхожденіе contractus societatis.

Торговля и товарищество. Первоначальный преходящій характеръ contractus societatis въ противоположность къ societas omnium bonorum, какъ къ постоянному имущественному союзу. Цѣль contractus societatis состоитъ въ заключеніи одной точно опредѣленной сдѣлки на пользу всѣхъ товарищей. Законъ XII таблицъ не признаетъ contractus societatis. Неудобство сопряженное съ этимъ пробѣломъ. Contractus societatis коренится въ сакральномъ правѣ. Сакральный характеръ римскаго государственнаго права. Вліяніе культа и ауспицій на развитіе гражданскаго права въ Римѣ. Изслѣдованія *Данца*. Сакральные договоры и послѣдствія ихъ нарушенія: ira deorum, устраненіе отъ богослуженія. Власть каждаго бога имѣетъ свои строго опредѣленныя границы. Bona fides. Культъ Fides—Πίστις и его возникновеніе. Обѣщанія во имя Fides. Fidem firmare и fidem dare. Взглядъ *Перниса* на эти два понятія. Всѣ данные во имя Fides обѣты имѣли силу присяги, ὅρκος μέγιστος. Fides и religio. Неправильный взглядъ *Лейста* на fides въ договорѣ товарищества. Вліяніе fides на contractus juris civilis и juris gentium. Впослѣдствіи сакральное значеніе fides отходитъ на задній планъ. Скептическія отношенія практики къ ira deorum. Нарушеніе fides—только безчестный поступокъ. Contractus fidei подъ защитой цензорской власти. Характеръ и послѣдствія цензорскихъ взысканій—ignominia. Значеніе личныхъ качествъ контрагентовъ въ contractus fidei. Причина, почему вслѣдствіе смерти одной изъ участвующихъ сторонъ прекращается весь договоръ. Внесеніе contractus societatis въ эдиктъ praetor peregrinus. Ignominia, какъ послѣдствіе нарушенія contractus societatis, включается и въ преторскій эдиктъ. Contractus fidei и параллельное развитіе fideicommissum въ римскомъ правѣ. Неисполненіе фидеикоммисса не влекло за собою умаленія гражданской чести. Fideicommissum не слѣдуетъ разсматривать какъ mandatum post mortem. Примѣненіе stipulatio въ договорѣ товарищества.

§ 1. Въ началѣ нашего изслѣдованія мы возражали противъ того весьма распространеннаго мнѣнія, что единственнымъ корнемъ римскаго товарищества была societas omnium bonorum, возникшая, какъ мы указывали, изъ родственнаго союза наслѣдниковъ общаго главы семейства. Не отрицая окончательно вліянія этого важнаго института на общее развитіе товарищества, мы

всетаки приписываемъ бо́льшее значеніе другимъ явленіямъ экономической жизни.

Если нѣсколько лицъ соединяются для торговаго предпріятія на общій рискъ и страхъ, то для нихъ еще нѣтъ необходимости сливать всѣ свои имущества въ одну общую массу. Въ бо́льшей части случаевъ контрагенты имѣютъ въ виду заключеніе одной сдѣлки или же совершеніе одного извѣстнаго оборота. Само собою разумѣется, что участники предпріятія напрягаютъ свои хозяйственныя силы поскольку это нужно для успѣшнаго достиженія намѣченной цѣли, но тѣ элементы ихъ имущества, которые не входятъ въ общее дѣло, остаются въ свободномъ распоряженіи ихъ владѣльцевъ: имущество это стоитъ внѣ даннаго предпріятія и поэтому исключается изъ сферы его вліянія. Согласно съ этимъ, участникъ въ ассоціаціи стремится сохранить за собою полную свободу дѣйствій во всемъ томъ, что́ не касается общаго дѣла. Онъ старается лишь на столько связать себя даннымъ предпріятіемъ, на сколько для этого не требуется отдать всѣ рессурсы, поставить на карту всѣ свои шансы. Однимъ словомъ, едва ли для такого лица можетъ быть желательнымъ, видѣть все свое экономическое положеніе въ полной зависимости отъ другихъ соучастниковъ дѣла, отъ ихъ предусмотрительности и дѣловитости. Въ силу указанныхъ мотивовъ, институтъ societas omnium bonorum, мыслимый только при *полномъ тождествѣ всѣхъ* экономическихъ стремленій и задачъ, не можетъ имѣть примѣненія въ торговой жизни.

Главною цѣлью торговыхъ товариществъ служитъ купля-продажа. Не подлежитъ сомнѣнію, что пріобрѣтеніе одной и той же вещи въ общую собственность нѣсколькихъ лицъ служило первоначальнымъ поводомъ къ соединенію ихъ средствъ и къ учрежденію товариществъ; намъ кажется не простою случайностью, что большинство практическихъ случаевъ, которые мы встрѣчаемъ въ источникахъ, относится именно къ актамъ купли-продажи. Вездѣ, гдѣ юристы желаютъ объяснить суть того или другого вопроса въ ученіи о товариществѣ, они указываютъ на „emptio rei“, какъ на самую обыкновенную цѣль contractus societatis [1]). Товарищество, съ момента перваго своего появле-

---

[1]) Gai Institutiones III, §. 148. pr. Jnst. de societate. 3, 25. L. 2. pr. Dig. communi dividundo. 10, 3. L. 7. L. 52. pr. §§. 11, 13, 15. L. 58. pr. §. 1. L. 65. §§. 2, 4. L. 69.



нія въ источникахъ римскаго гражданскаго права, характеризуется не какъ постоянный союзъ участвующихъ лицъ, но какъ *contractus* societatis. Уже одно это обстоятельство доказываетъ, что первоначальныя задачи состояли въ *преходящихъ договорныхъ* отношеніяхъ между товарищами: послѣдніе соединяли свои имущественные интересы только въ предѣлахъ подобнаго договора, только для заключенія одной опредѣленной сдѣлки на общій рискъ и страхъ. Въ societas omnium bonorum, даже въ позднѣйшихъ стадіяхъ развитія, договорный элементъ—contractus societatis—отходитъ на задній планъ, на первый же планъ выступаютъ такія отношенія между участвующими, которыя обнимаютъ все экономическое содержаніе ихъ жизни. Сформированный такимъ образомъ постоянный имущественный союзъ приближается, по своей юридической конструкціи, къ corpus или collegium, которыя преслѣдуютъ болѣе продолжительныя цѣли.

Ограниченный и преходящій характеръ, свойственный contractus societatis, выражается и въ томъ, что римскіе гражданскіе законы, особенно первыхъ періодовъ, чрезвычайно облегчаютъ прекращеніе договорной связи между товарищами. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что сначала каждый изъ участвующихъ могъ отказаться отъ договора товарищества во всякое время и по своему усмотрѣнію. Единственно лишь общія правила добросовѣстности—bona fides—ставили предѣлъ такому неограниченному произволу. Правда, въ дальнѣйшемъ развитіи нашего института выработались болѣе строгія начала. Socius, который отказывается отъ договора неблаговременно, въ ущербъ своимъ товарищамъ, по мнѣнію юристовъ-классиковъ, долженъ подвергаться различнымъ невыгоднымъ для себя послѣдствіямъ. Но въ первое время такія ограниченія вовсе не признавались, такъ какъ римское право старалось всячески облегчить всевозможныя перемѣны во взаимныхъ отношеніяхъ товарищей.

Начальнымъ поводомъ къ образованію товарищества, какъ мы сказали, служила купля одной и той-же вещи въ складчину двумя или бо́льшимъ числомъ лицъ, но на этотъ случай въ законѣ двѣнад-

---

L. 74. Dig. pro socio. 17, 2. и др. *Gesterding*: „Alte und neue Jrrthümer der Rechtsgelehrten". Greifswald 1818, стр. 273 и слѣд. конструируетъ изъ этихъ многочисленныхъ примѣровъ особый видъ товарищества „societas ad emendum"; безъ всякой надобности и безъ всякаго основанія.



цати таблицъ точныхъ указаній мы не встрѣчаемъ. Если напр. А и В желаютъ пріобрѣсти у С поземельный участокъ на правахъ общей собственности, то по старинному праву они оба должны присутствовать при заключеніи сдѣлки, выражая этимъ свое участіе въ ней [1]). Спрашивается, каковы же будутъ послѣдствія, если по отношенію къ продавцу С явится единственнымъ наличнымъ контрагентомъ, напр. А? Чѣмъ же будутъ обезпечены права В, если А впослѣдствіи откажется признать его соучастникомъ сдѣлки? Вѣдь всѣ права, вытекающія изъ заключеннаго съ третьимъ лицомъ договора, должны въ такомъ случаѣ перейти къ одному только А. Онъ одинъ пріобрѣтаетъ всѣ выгоды дѣла, иниціаторомъ котораго являлся, быть можетъ, не онъ, а В, желавшій эксплоатировать извѣстное предпріятіе вмѣстѣ съ другимъ капиталистомъ. Подобныя отношенія товарищей къ договору, заключенному однимъ изъ нихъ съ постороннимъ лицомъ, сохраняются до позднѣйшихъ стадій развитія римской societas. И впослѣдствіи товарищъ, дѣйствовавшій въ интересахъ союза, пріобрѣталъ всѣ права только для себя, но при помощи actio pro socio его заставляли дѣлить выгоды съ другими участниками въ societas:

L. 74. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro sexagensimo secundo ad edictum: „Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed *societatis judicio cogitur* rem communicare.“

Древнее jus civile, не знавшее actio pro socio, не обращало вниманія на возможность подобныхъ отношеній. Въ законѣ двѣнадцати таблицъ мы не встрѣчаемъ ни одного иска, при помощи котораго socius могъ бы добиться своихъ правъ отъ товарища, самостоятельно совершившаго сдѣлку, предусмотренную въ contractus societatis.

[1]) На разницу между такимъ договоромъ и товариществомъ указываютъ и источники: L. 31. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum: „Communiter autem res agi potest etiam citra societatem,... ut evenit... si a duobus simul empta res sit... aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri.“ То же самое подтверждаетъ L. 33. Dig. eod. tit. Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum.... solent (sc. plures) per nuntium rem emere in commune, *quod a societate longe remotum est.* Общность имущества встрѣчается и помимо всякаго товарищества. Это бываетъ, напр., если два покупщика *вмѣстѣ* пріобрѣтаютъ одну и ту же вещь, т. е. такимъ образомъ, что они *оба* присутствуютъ при заключеніи сдѣлки, или если они покупаютъ порознь части одной и той же вещи, которая находится въ общемъ владѣніи двухъ различныхъ хозяевъ. Наконецъ, сюда надо отнести и тотъ случай, когда общій уполномоченный покупаетъ одну вещь для двухъ довѣрителей. Такая сдѣлка также очень далека отъ договора товарищества.

О такомъ же случаѣ говоритъ L. 52. §. 13. Dig. pro socio. 17, 2.

Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Item Mela scribit,.. si aream in commune emerint, ne luminibus suis officeretur, et alteri tradita sit nec praestet alteri quod convenit, pro socio actionem esse."

Два домовладѣльца-товарища покупаютъ на общія средства сосѣдній участокъ, желая предупредить возведеніе на немъ зданія, которое могло бы затемнить свѣтъ. Допустимъ, что сдѣлка съ продавцемъ заключена *только однимъ* изъ товарищей, которому и передана купленная земля. Если бы послѣдній отказался соблюсти интересы своего сотоварища, вытекающіе изъ самого договора: какъ поступить въ такомъ случаѣ? По закону двѣнадцати таблицъ, по строгому jus civile, другой socius не имѣлъ никакихъ средствъ достичь признанія своихъ правъ со стороны покупщика участка: единственное его спасеніе—преторская actio pro socio.

Нѣтъ сомнѣнія, что подобныя товарищества съ ограниченными цѣлями должны были заключаться весьма часто, несравненно чаще, чѣмъ societas omnium bonorum; въ послѣднемъ случаѣ, благодаря обширнымъ послѣдствіямъ, всегда требовались чрезвычайныя побудительныя причины. Съ другой стороны, направленныя на одну опредѣленную сдѣлку societates unius negotii vel rei гораздо болѣе нуждались въ защитѣ закона, чѣмъ societates omnium bonorum. Послѣднія, какъ мы видѣли, возникали первоначально между родственниками и сонаслѣдниками общаго главы семейства, интересы которыхъ были достаточно ограждены въ двѣнадцати таблицахъ, при помощи actio familiae erciscundae [1]).

Если, поэтому, въ древне-римскомъ jus civile оказались пробѣлы, относительно товарищескаго права, то пробѣлы эти должны были сдѣлаться особенно чувствительными для socii unius negotii vel rei. Тутъ именно и представлялась крайняя необходимость въ правовой защитѣ и въ установленіи такихъ отношеній, которыя предупреждали бы, до извѣстной степени, взаимныя злоупотребленія и нарушенія установленныхъ договоромъ порядковъ.

§ 2. Первое основаніе для устройства правильныхъ договорныхъ отношеній между товарищами было положено религіею.

[1]) См. L. 1. pr. Dig. familiae erciscundae. 10, 2 и наши замѣчанія на стр. 4, 32, и слѣд.



Организація государства и общины въ древнемъ Римѣ проникнута сакральнымъ характеромъ. Всѣ общественныя учрежденія признавались утвержденными божественною властью и римскій народъ обязанъ былъ свято и нерушимо хранить ихъ. Власть человѣческая не могла ни упразднять, ни видоизмѣнять государственныхъ порядковъ, установленныхъ при содѣйствіи божества. Для подобныхъ мѣръ требовалось участіе божественной власти, утвердившей весь общественный и государственный строй. Во всемъ этомъ соблюдался принципъ строжайшаго равновѣсія:

„Omnia quae jure contrahuntur, *contrario* jure pereunt.“ L. 100. Dig. de divers. reg. juris. 50, 17.

Если, поэтому, существующіе порядки начинали противорѣчить требованіямъ народной жизни или убѣжденіямъ общества, то законодательнымъ путемъ отмѣнялись только ихъ *фактическія* послѣдствія: переставали *соблюдаться* неудобныя, не соотвѣтствующія духу времени постановленія. Возникали новыя учрежденія, нерѣдко въ разрѣзъ съ прежними устарѣлыми и стѣснительными институтами, но формальнаго упраздненія послѣднихъ не бывало. Учрежденія сѣдой старины продолжали существовать „quoad sacra“, на сколько дѣло касалось религіи, по той естественной причинѣ, что во всемъ мірѣ не существовало такой власти, которая обладала бы равносильнымъ съ божествомъ правомъ—contrarium jus.

Вся римская община основывалась на старинномъ союзѣ, освященномъ религіею и ауспиціями [1]).

---

[1]) Для усвоенія этого духа римскаго государственнаго права весьма характерны возраженія, которыя сдѣлалъ въ сенатѣ Аппій Клавдій Крассъ—*Appius Claudius Crassus*—противъ законопроекта *Лицинія* и *Секстія*, а главнымъ образомъ противъ выбора плебеевъ въ консулы республики: Titi Livii ab urbe condita lib. VI, cap. 41. „De indignitate satis dictum est. At enim dignitas ad homines pertinet: quid de religionibus atque auspiciis, quae propria deorum immortalium contemptio atque injuria est, loquar? auspiciis hanc urbem conditam esse, auspiciis bello ac pace, domi militiaeque omnia geri, quis est qui ignoret? Penes quos igitur sunt auspicia more majorum? *Nempe penes patres.* Nam plebejus quidem magistratus nullus auspicato creatur: nobis adeo propria sunt auspicia, ut non solum quos populus creat patricios magistratus non aliter quam auspicato creet, sed nos quoque ipsi sine suffragio populi auspicato interregem prodamus, et *privatim auspicia* habeamus, quae isti ne in magistratibus quidem habent“.

О недостойномъ характерѣ (законопроекта) сказано достаточно: достоинство или недостоинство—это дѣло людское. Но что сказать про нарушеніе религіозныхъ



Глубокое значеніе культа, положившаго свой отпечатокъ на всѣ стороны общественнаго и государственнаго быта древняго Рима, сказывается и на первыхъ стадіяхъ развитія римскаго *гражданскаго* права. Законъ и правовое сознаніе считаются даромъ божіимъ, небесною благодатью.

Положеніе гражданскаго права находилось въ такой же зависимости отъ ауспицій, какъ и вся сфера государственнаго права и общественной жизни:

Valerii Maximi factorum dictorumque lib. II, cap. I, 1: „Apud antiquos non solum publice, sed etiam privatim nihil gerebatur, nisi auspicio prius sumpto“ [1]).

Давно доказано, какое вліяніе имѣли понтифики на первоначальное развитіе публичнаго и частнаго права въ древнемъ Римѣ [2]). Такое вліяніе указываетъ на сакральное происхожденіе весьма многихъ институтовъ римскаго гражданскаго права. Послѣднее—jus civile—по словамъ Валерія Максима въ теченіе многихъ столѣтій во всемъ своемъ объемѣ входило въ область культа и сакральнаго це-

---

обрядовъ и ауспицій, которое является поруганіемъ и обидою боговъ безсмертныхъ? Съ ауспиціями основанъ этотъ городъ, съ ауспиціями совершается все какъ въ военное такъ и въ мирное время, во всѣхъ дѣлахъ военныхъ и гражданскихъ. Кто этого не знаетъ? Кому обычаемъ предковъ присвоены ауспиціи? Патриціямъ! Ни одинъ плебейскій магистратъ не избирается съ ауспиціями, а намъ патриціамъ, ауспиціи на столько присущи, что не только избраніе народомъ патриціанскихъ магистратовъ совершается не иначе, какъ съ ауспиціями, но мы, патриціи, при посредствѣ ихъ назначаемъ interrex'а даже безъ голосованія народа. Мы патриціи пользуемся ауспиціями даже въ нашихъ частныхъ дѣлахъ (или въ качествѣ частныхъ лицъ), тогда какъ у плебеевъ этого права не имѣютъ даже магистраты.

[1]) „Въ старину безъ ауспицій ничего не предпринималось ни въ общественныхъ, ни въ частныхъ дѣлахъ“. То же самое утверждаетъ и Цицеронъ: de divinatione I, 16. „Nihil fere quondam majoris rei nisi auspicato, ne privatim quidem, gerebatur: quod etiam nunc nuptiarum auspices declarant, qui *re* omissa *nomen* tantum tenent“. Древняя торжественная форма заключенія брака, confarreatio, при Цицеронѣ выходила уже изъ употребленія; тѣмъ не менѣе, она не упразднилась окончательно, она осталась только въ большинствѣ случаевъ безъ фактическаго примѣненія, и сохранялась—re quidem omissa—quoad sacra.

[2]) Ср. Cicero: de legibus lib. II, cap. 19. „Saepe, inquit Publii filius, ex patre audivi, pontificem neminem bonum esse, nisi qui jus civile cognosset“... idem: de haruspicum responso oratio cap. 7: „auctoritati, fidei, prudentiae (sc. pontificum) majores nostri sacra religionesque et privatas et publicas commendarunt“.

ремоніала, а вслѣдствіе того и было извѣстно одному только высшему священству.

Valer. Max: loc. cit. lib. II, cap. V, 2. „Jus civile per multa saecula inter sacra caerimoniasque deorum immortalium abditum, solisque pontificibus notum“.....

Мало по малу, слѣды непосредственнаго вліянія религіи на развитіе гражданскаго права и законодательства стали блѣднѣть, а во многихъ случаяхъ и окончательно исчезать. Постепенное устраненіе понтификовъ отъ всякаго вліянія на вопросы гражданскаго права и процесса, обнародованіе закона двѣнадцати таблицъ, огромное значеніе преторской практики и jus honorarium сдѣлали свое дѣло. Многіе институты, происшедшіе прямо изъ сакральнаго права, были окончательно забыты; другіе совершенно измѣнили свой видъ, подвергшись вліянію новыхъ вѣяній и между прочимъ быстро развивавшагося правовѣдѣнія. Тѣмъ не менѣе, и въ законодательствѣ и въ источникахъ даже позднѣйшихъ временъ мы замѣчаемъ много несомнѣнныхъ остатковъ прежняго направленія.

Точными свѣдѣніями объ общемъ значеніи сакральнаго права, и о той роли, которую въ старину при заключеніи всѣхъ возможныхъ сдѣлокъ играла клятва, мы обязаны, главнымъ образомъ, изслѣдованіямъ *Данца* [1]).

Древнѣйшія формы договоровъ—sponsio и promissio – покоились на сакральныхъ основахъ, пока не вошли въ область гражданскаго законодательства. Съ точки зрѣнія jus civile, неисполненіе сдѣлокъ, заключенныхъ подъ клятвою именемъ какого либо божества, не считалось правонарушеніемъ, а разсматривалось, какъ безчестный поступокъ, противорелигіознаго характера. Прямымъ же послѣдствіемъ нарушенія клятвы являлся гнѣвъ того самаго бога, котораго стороны призывали въ свидѣтели—testis—своего соглашенія.

Этотъ гнѣвъ божества — ira deorum — имѣлъ свой опредѣленный характеръ, свои неизбѣжныя послѣдствія. Прежде всего клятвонарушитель не допускался болѣе къ алтарю оскорбленнаго имъ бога, и такимъ образомъ подвергался нѣкоторымъ ограниченіямъ въ области культа римскаго народа.

---

[1]) *Danz*: „Der sacrale Schutz im römischen Rechtsverkehr“. Jena 1857.



Допущеніе его къ святынѣ другихъ божествъ не встрѣчало, впрочемъ, никакихъ препятствій: онъ не оскорблялъ ихъ, а потому его появленіе на другихъ богослуженіяхъ не могло навлечь на сограждан ни божьяго гнѣва, ни несчастій и бѣдствій. Клятвонарушителя нельзя признать за „homo sacer“, ибо такое положеніе влекло за собою *полное* отлученіе отъ религіознаго общенія съ согражданами [1]).

Этимъ устраненіемъ отъ культа оскорбленнаго бога еще не исчерпывались всѣ послѣдствія клятвонарушенія. Deus iratus могъ приступить и къ непосредственному наказанію своего оскорбителя. Правда, такіе случаи бывали рѣдко; но божество *всегда* оставляло провинившагося на произволъ его судьбы, вслѣдствіе чего всѣ интересы, подлежавшіе покровительству оскорбленнаго бога, теряли своего протектора и оставались, поэтому, безъ всякой сакральной защиты [2]). Относительно ихъ допускалось безнаказанно полное самоуправство со стороны всѣхъ безъ изъятія, и прежде всего со стороны лица, потерпѣвшаго матеріальные убытки отъ клятвопреступленія. Такое право заинтересованныхъ лицъ прибѣгать къ самоуправству при осуществленіи своихъ претензій, послѣ нарушенія сакральнаго договора, составляло, очевидно, достаточно прочную гарантію точнаго его исполненія.

Такъ какъ предѣлъ власти каждаго бога былъ вполнѣ опредѣленнымъ, то считалось далеко не безразличнымъ, кто изъ признанныхъ государствомъ боговъ призывался въ свидѣтели. Каждая отрасль общественной и хозяйственной жизни въ Римѣ имѣла своихъ протекторовъ въ сонмѣ боговъ, и клятва, касающаяся спеціальнаго интереса, произносилась непремѣнно именемъ бога-покровителя. Такъ, напр., у Плавта сводника Лабракса заставляютъ клясться именемъ Венеры [3]); солдатъ присягаетъ Marte gradivo teste. Женщинамъ въ Римѣ не разрѣшается клятва именемъ Геркулеса, мужчинамъ — Кастора:

---

[1]) *Danz*: loc. cit. стр. 50 и слѣд. Намъ кажется, что *Danz* здѣсь окончательно отвергнулъ мнѣніе *Іеринга* о распространеніи „sacer esto“ на всякаго нанесшаго обиду какому бы то ни было божеству. ср. „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung“. Leipzig 1873. Томъ I, стр. 273, 278 и слѣд.

[2]) На вышеприведенное послѣдствіе указываетъ главнымъ образомъ *Danz*: loc. cit. стр. 62.

[3]) Plautus: Rudens act. V, sc. 2, v. 46 и слѣд. Gripus: „Tange aram hanc Veneris“. Labrax: „tango“. Gripus: „Per Venerem hanc jurandum est tibi“.... Слова клятвы слѣдующія: „Venus Cyrenensis, testem te testor mihi“.... (v. 50 ibid.).



Gellii noctium Atticarum lib. XI, cap. VI, 1: „In veteribus scriptis neque mulieres Romanae per Herculem dejurant neque viri per Castorem. Sed cur illae non juraverint Herculem, non obscurum est, nam Herculaneo sacrificio abstinent“ [1]).

Такъ какъ женщины вообще не имѣютъ доступа къ святынѣ Геркулеса и не участвуютъ въ служеніяхъ ему, то для нихъ клятва его именемъ, конечно, не допустима.

Если же участники въ сдѣлкѣ колеблются, „quem deum testem faciant“, не будучи достаточно знакомы съ характеромъ власти отдѣльныхъ боговъ, то имъ предоставляется обратиться за совѣтомъ къ экспертамъ—жрецамъ, чаще всего къ понтификамъ [2]).

Вліяніе культа и сакральнаго права обнаруживалось не только въ области древняго jus civile, но проявлялось и во многихъ другихъ институтахъ, которые не принадлежали къ тѣсному кругу строгоримскихъ юридическихъ категорій, а относились къ jus gentium, имѣвшему общечеловѣческій характеръ—quod apud omnes gentes peraeque custoditur. Весьма многія правоотношенія еще задолго до окончательнаго признанія за ними законной силы, путемъ преторской практики, пользовались покровительствомъ сакральныхъ учрежденій и защитою культа. Нѣтъ сомнѣнія, что могущественнымъ двигателемъ въ этомъ направленіи являлась bona fides, которой суждено было играть столь важную роль въ исторіи договоровъ римскаго гражданскаго права вообще, а въ особенности въ развитіи contractus societatis.

Появленіе bona fides въ области гражданскаго права и законодательства не вполнѣ еще разъяснено. Первоначально она освящала извѣстную нравственную обязательность тѣхъ дѣловыхъ отношеній, которыя не признавались по строгому римскому гражданскому праву—jus civile.

Можно думать, что въ этомъ направленіи обнаружилъ особое вліяніе культъ богини Fides—Πίστις. Договоры, заключенные въ храмѣ

[1]) Ср. Macrobius. Saturnalia I, 1, 12: „unde et mulieres in Italia sacro Herculis non licet interesse“. Оба, впрочемъ—Геллій и Макробій—ссылаются на Варрона.

[2]) Ciceronis epistolarum ad Atticum lib. IV, epist. 2. „religionis *judices* pontifices fuisse“ idem: de legibus lib. II, cap. 9: „Divorum que iras providento“. (sc. sacerdotes) другія указанія у Ambrosch: „Ueber die Religionsbücher der Römer“. Bonn 1843, стр. 8 nota 9.



Fides, хотя и не признавались государственными законами, но тѣмъ не менѣе исполнялись въ точности, подъ страхомъ божьей кары. Преторская судебная практика, какъ извѣстно, со временемъ признала за этими такъ назыв. contractus bonae fidei законную силу. Съ тѣхъ поръ fides перестала служить *единственнымъ* основаніемъ для исполненія такихъ договоровъ и получила, по преимуществу, *процессуальное* значеніе: дается больше свободы усмотрѣнію судьи при разборѣ и обсужденіи претензіи истца къ отвѣтчику. Истцу, въ случаѣ выигрыша процесса, присуждалось здѣсь именно то, чего онъ могъ требовать отъ отвѣтчика по общему смыслу договора, *по чести*, согласно съ общечеловѣческими правилами bona fides. Объектомъ спора служило „quidquid dare facere oportet ex fide bona". Такимъ образомъ, характерная особенность договоровъ, основанныхъ на bona fides, при позднѣйшихъ стадіяхъ развитія заключалась въ томъ, что въ случаѣ спора они влекли за собою bonae fidei *judicia*, между тѣмъ какъ сначала Fides составляла единственное основаніе *самого договора*. Въ святынѣ Fides—Πίστις, на ряду со всѣми остальными contractus bonae fidei, стоитъ, такъ сказать, колыбель римскаго contractus societatis.

Особаго вниманія, какъ намъ кажется, заслуживаютъ здѣсь разсказы лѣтописцевъ и историковъ о возникновеніи культа Fides-Πίστις въ Римѣ. Правда, писатели эти передаютъ лишь смутныя легенды сѣдой старины, но изъ нихъ все таки видно, какъ сами римляне смотрѣли на отношеніе между строгою законностью и чисто сакральною, нравственною связью, созданною набожнымъ благоговѣніемъ передъ святыней Fides.

Царь Нума Помпилій, говоритъ Діонисій Галикарнасскій [1]), находя,

---

[1]) Dionysii Halicarnassensis Romanorum Antiquitatum liber II, cap. 75. „Δίκην μὲν γὰρ καὶ Θέμιν καὶ Νέμεσιν καὶ τὰς καλουμένας παρ Ἕλλησιν Ἐριννύας, καὶ ὅσα τούτοις ὅμοια, ὑπὸ τῶν πρότερον ἀποχρώντως ἐκτεθειῶσθαί τε καὶ καθωσιῶσθαι ἐνόμισε πίστιν δὲ, ἧς οὔτε μεῖζον οὔτε ἱερώτερον πάθος ἀνθρώποις ὀυδὲν, οὔπω σεβασμῶν τυγχάνειν, οὔτ 'ἐν τοῖς κοινοῖς τῶν πόλεων πράγμασιν, οὔτ εν τοῖς ἰδίοις. Ταῦτα δὲ διανοηθεὶς, πρῶτος ἀνθρώπων ἱερὸν ἱδρύσατο Πίστεως δημοσίας, καὶ θυσίας αὐτῇ κατεστήσατο, καθάπερ καὶ τοῖς ἄλλοις θεοῖς, δημοτελεῖς. **Нума пополняетъ существенный пробѣлъ въ общественной**—ἐν τοῖς κοινοῖς—**и въ частной жизни**—ἐν τοῖς ἰδίοις.—Οὕτω γε οὖν σεβαστόν τι πρᾶγμα καὶ ἀμίαντον νενόμισται τὸ πιστὸν, ὥστε ὅρκον τε μέγιστον γενέσθαι τὴν ἰδίαν ἑκάστω πίστιν, καὶ μαρτυρίας συμπάσης ἰσχυρότερον—**присягѣ, какъ доказательству, стали придавать преимущество даже передъ показаніями свидѣтелей.** Καὶ ὁπότε ὑπὲρ ἀμαρτύρου συναλλάγματος ἀμφίλογόν τι γένοιτο ἑνὶ πρὸς ἕνα, ἡ διαιροῦσα τὶ νεῖκος καὶ προσωτέρω χωρεῖν οὐκ ἐῶσα τὰς φιλονεικίας, ἡ θατέρα τῶν διαδικαζομένων αὐτῶν πίστις ἦν.



что культы богинь Δίκη, Θέμις и Νέμησις пользовались въ Римѣ достаточнымъ распространеніемъ и почетомъ, рѣшилъ создать новый культъ—культъ Fides-Πίστις. Съ этою цѣлью въ честь послѣдней онъ построилъ новый храмъ. Съ той самой поры, какъ гласитъ преданіе, въ Римѣ начинаютъ придавать серьезное значеніе данному слову. Клятву ставятъ выше показаній свидѣтелей, и споры нерѣдко прекращаются присягою сторонъ. Впослѣдствіи и сами магистраты и судьи, рѣшая процессы, принимаютъ въ соображеніе показанія тяжущихся, подтвержденныя ихъ присягою [1]).

Убѣдившись въ томъ, что уваженіе къ законамъ уже достаточно привилось къ народу, *Нума* старается поднять въ немъ довѣріе къ данному обѣщанію. И съ тѣхъ поръ, какъ къ договорнымъ отношеніямъ стали примѣняться этическіе принципы (σωφροσύνης παρακλητικά), съ тѣхъ поръ, какъ элементъ чувства сталъ дополнять строго юридическій порядокъ, въ обществѣ и въ государствѣ, говоритъ Діонисій, водворяется настоящее благоустройство [2]).

Конечно и до введенія царемъ *Нумою* культа Fides-Πίστις, всякій честный человѣкъ считалъ своей нравственной обязаностью исполненіе даннаго обѣщанія — dicta promissa. Вся сущность реформы, приписываемой *Нумѣ*, заключалась, какъ справедливо замѣчаетъ *Danz* [3]), главнымъ образомъ, въ томъ, что съ тѣхъ поръ стали пользоваться покровительствомъ сакральныхъ властей такія сдѣлки, которыя не были признаны ни гражданскимъ, ни сакральнымъ *правомъ:* словомъ, благодаря вліянію культа, установилась возможность, достигать по крайней мѣрѣ въ нѣкоторой степени ихъ исполненія.

Естественно возникаетъ вопросъ: при какихъ именно условіяхъ Fides-Πίστις могла оказать въ этой области такое вліяніе? Достаточно ли было *простаго обѣщанія* во имя ея, или же сверхъ того требо-

---

[1]) αἵ τε ἀρχαὶ καὶ τὰ δικαστήρια τὰ πλεῖστα τῶν ἀμφισβητημάτων τοῖς ἐκ τῆς πίστεως ὅρκοις διήτων.

[2]) Ταῦτα μὲν δὴ σωφροσύνης παρακλητικὰ καὶ δικαιοσύνης ἀναγκαστήρια, ὑπὸ τοῦ Νομᾶ τότε ἐξευρεθέντα, κοσμιωτέραν οἰκίας τῆς κράτιστα οἰκουμένης τὴν Ῥωμαίων πολιτείαν ἀπειργάσατο.

[3]) Loc. cit. стр. 131 in fin.

валось подкрѣпленіе такого обѣщанія *клятвою?* Вопросъ этотъ принадлежитъ къ весьма спорнымъ.

Pernice различаетъ fidem firmare—обѣщаніе подъ клятвою—отъ fidem dare—простаго обѣщанія во имя Fides на формальный запросъ лица, съ которымъ заключался договоръ. При этомъ онъ самъ замѣчаетъ, что терминъ „fidem firmare“ не вездѣ имѣетъ значеніе *торжественной клятвы*, а употребляется иногда и въ смыслѣ *простаго обѣщанія* [1]).

Съ своей стороны прибавимъ и мы, что древніе писатели нарушеніе „fides data“ называютъ „perjurium“ — клятвонарушеніемъ [2]).

Правда, впослѣдствіи и *Pernice* до извѣстной степени смягчаетъ установленную имъ самимъ разницу между fidem firmare и fidem dare, называя ихъ понятіями однородными *въ общемъ* смыслѣ, но имѣющими неравносильное значеніе: бóльшую силу онъ находитъ въ понятіи fidem firmare какъ въ торжественной клятвѣ. Однородность заключается именно въ томъ, что нарушеніе fidei firmatio и fidei datio является одинаковымъ оскорбленіемъ божественныхъ началъ Fides. Клятва (равносильная fidei firmatio), говоритъ *Pernice*, имѣла больше вѣса, чѣмъ fidei datio, хотя и *послѣднею* подкрѣплялись соглашенія сторонъ. Въ чемъ же, поэтому, спросимъ мы, состоитъ практическая разница между обѣими формами обѣщанія во имя Fides?

Намъ кажется, что вскорѣ послѣ возникновенія культа Fides, *всѣ данные во имя ея обѣты имѣли силу клятвы*, и что установленною сакральными законами защитою, пользовались только такія соглашенія которыя были подкрѣплены клятвою. Вообще *каждое* обѣщаніе, во имя божества—affirmatio religiosa—уже въ силу своего сакральнаго характера ничѣмъ не отличается отъ клятвы:

> Cicero: de officiis lib. III, cap. 29: „Est enim *jus jurandum* adfirmatio religiosa. Quod autem adfirmate quasi *deo teste promiseris* id tenendum est“.

---

[1]) Labeo. Томъ I, стр. 411.

[2]) Ср. Cicero: de officiis lib. III, cap. 29: „Sed si hoc sibi sument, nullam esse *fidem* quae infideli *data* sit, videant ne quaeratur latebra *perjurio*“.



Нашъ взглядъ, вполнѣ подтверждается сообщеніями и другихъ древнихъ авторовъ о введеніи культа Fides въ Римѣ. Послѣ учрежденія царемъ Нумою святыни Πίστις, говоритъ Діонисій [1]), благоговѣніе передъ этимъ божествомъ во всемъ государствѣ и обществѣ достигло такого значенія, что сылка на собственную fides считалась важнѣйшей клятвою:

‚ὥστε ὅ ρ κ ο ν τε μέγιστον γενέσθαι τὴν ἰδίαν ἑκάσςῳ πίστιν‘.

Съ тѣхъ именно поръ, продолжаетъ онъ, и магистраты и судьи стали рѣшать бо́льшую часть подсудныхъ имъ процессовъ на основаніи присяги во имя Πίστις,

‚αἵ τε ἀρχαὶ καὶ τὰ δικαστήρια τὰ πλεῖστα τῶν ἀμφισβητημάτων τοῖς ἐκ τῆς πίστεως ὅρκοις διήτων‘.

То же самое мы встрѣчаемъ и у Ливія [2]).

„ea pietate omnium pectora imbuerat (sc. Numa Pompilius), ut *fides* et *jusjurandum* proximo legum ac poenarum metu civitatem regerent“.

Изъ приведенныхъ примѣровъ легко убѣдиться, что понятія „fides“ и „jusjurandum“ всюду шли рука объ руку; и Діонисій и Плутархъ въ нововведеніяхъ Нумы совершенно естественно видѣли установленіе новой, особенно торжественной формы для клятвы—ὅρκος μέγιστος [3]). Въ культѣ Πίστις—главное основаніе и защита святости клятвы.

Не мало указаній и воспоминаній о религіозномъ значеніи обѣтовъ во имя Fides и о первоначальной тождественности ихъ съ клятвою мы встрѣчаемъ даже въ позднѣйшія времена, когда общій характеръ Fides уже успѣлъ утратить свое строго сакральное свойство. Еще *Цицеронъ* называетъ клятву—jusjurandum—„vinculum ad adstrigendam *fidem*“ [4]), другими словами, тѣмъ средствомъ, благодаря которому обѣщаніе во имя Fides получаетъ должную силу; неоднократно онъ упоминаетъ и о тѣсной связи между Fides и religio.

---

[1]) Loc. cit. lib. II, cap. 75 in fin.

[2]) Ab urbe condita lib. I, cap. 21.

[3]) Dionysius Halicarnassiensis: loc. cit. lib. II, cap. 75. Plutarch: Numa cap. 16: ‚Πρῶτον δέ φασι καὶ Πίστεως καὶ Τέρμονος ἱερὸν ἱδρύσασθαι. Καὶ τὴν μ ὲ ν Π ί σ τ ι ν ὅ ρ κ ο ν ἀποδεῖξαι Ῥωμαίοις μ έ γ ι σ τ ο ν‘,..

[4]) De officiis lib. III, cap. 31.



Pro L. Flacco oratio cap. 4: „testimoniorum *religionem* et *fidem* nunquam ista natio (sc. Graeci) coluit“,...

Pro rege Dejotaro oratio cap. 6: „quamquam hoc loco Dejotarum non tam ingenio et prudentia quam *fide* et *religione* vitae defendendum puto“ [1]).

При такомъ положеніи дѣла, трудно себѣ представить, какимъ образомъ обѣщаніе, данное въ храмѣ Fides и съ призваніемъ имени богини—dea teste—могло считаться то простою fidei datio, то торжественною клятвою—fidei firmatio?

Не подлежитъ сомнѣнію, что *основаніе* всѣхъ заключенныхъ во имя Fides договоровъ первоначально было строго сакральное, именно *клятва* съ тѣми же послѣдствіями, которыя мы опредѣлили уже раньше, когда говорили о значеніи сакральныхъ началъ въ развитіи гражданскаго права вообще. Πίστις и ея святыня представляютъ собою ту почву, на которой впослѣдствіи выростали договоры съ самыми разнообразными хозяйственными цѣлями. Не смотря на свое общее *основаніе*, они различались между собою по содержанію.

Какъ видно изъ всего вышесказаннаго, заключеніе *Лейста* [2]), что bona fides, свойственная contractus societatis, есть проявленіе семейнаго духа, не выдерживаетъ критики. Bona fides въ договорѣ товарищества нельзя признавать выраженіемъ того довѣрія и согласія, которыя должны господствовать между дѣтьми и наслѣдниками умершаго главы семейства, владѣющими общимъ нераздѣльнымъ наслѣдствомъ. Мы, напротивъ, знаемъ, что проявляющаяся въ договорѣ товарищества bona fides имѣетъ другія начала, болѣе *общаго характера:* она составляетъ прямое основаніе цѣлаго ряда самыхъ разнообразныхъ договоровъ, заимствованныхъ по большей части изъ jus gentium. Она свойственна куплѣ-продажѣ—emptio-venditio—она свойственна

---

[1]) Ср. Cicero: pro Murena oratio cap. 4 in fin, pro Balbo oratio cap. 15, pro Archia poeta oratio cap. 4: „adest vir summa auctoritate et religione et fide, M. Lucullus“.....

[2]) *Leist:* loc. cit. стр. 26, 27: „Also das pietatis officium, wie Geschwister es gegeneinander zu üben haben, soll auch bei der Theilung nie ausser Acht gelassen werden. Durch *Anknüpfung hieran* ist man für die Societät der späteren römischen Zeit zu dem Satze gekommen, dass sie zu den Verhältnissen gehöre, die nach bona fides zu beurtheilen seien“.



найму—locatio conductio—ссудѣ—commodatum—порученію—mandatum—и др. Точно такъ-же вліяніе fides на contractus societatis и ихъ взаимная связь не представляетъ собою чего нибудь чрезвычайнаго, объясняющагося особымъ, какъ бы семейственнымъ, характеромъ товарищества на первыхъ стадіяхъ его развитія. Ничѣмъ не доказано, чтобы fides именно въ данномъ случаѣ играла какую то своеобразную роль, не имѣющую мѣста въ остальныхъ contractus bonae fidei.

Лейстъ находитъ, что *Цицеронъ* вмѣстѣ съ другими придаетъ особую важность нравственной связи между товарищами [1]); но такое-же нравственное значеніе Цицеронъ приписываетъ взаимнымъ отношеніямъ между опекуномъ и опекаемымъ и между лицами, заключившими contractus fiduciae.

Pro Q. Roscio comoedo oratio cap. 6: „Si quae enim sunt privata judicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis:"

Высоконравственное свойство по *Цицерону* имѣетъ и договоръ мандата:

Pro A. Caecina oratio cap. 3: „qui per tutelam aut societatem aut *rem mandatam* aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum majus est, eo poena est tardior."

Наконецъ и Геллій, разсказываетъ о томъ великомъ вліяніи, какое въ старину имѣла Fides на договоръ займа, и вообще на всѣ торговыя дѣла.

Noctium Atticarum lib. XX, cap. I, 41: „Hanc autem fidem majores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in *pecuniae mutuaticae* usu atque *commercio*:"

Всѣ эти примѣры снова доказываютъ, что contractus societatis, по крайней мѣрѣ въ области bona fides, не занималъ никакого исключительнаго положенія.

Изъ общей группы contractus bonae fidei по своимъ свойствамъ выдѣляются четыре договора, пользовавшіеся какъ бы особымъ покровительствомъ Fides. Во всѣхъ этихъ договорахъ—fiducia, mandatum, tutela и societas—даже на *позднѣйшихъ* стадіяхъ развитія,

---

1) Loc. cit. стр. 27 примѣч. 23.



замѣчаются явные слѣды сильнаго вліянія сакральныхъ началъ. Мы не можемъ согласиться съ мнѣніемъ Данца, что обѣщаніе во имя Fides, произнесенное data dextra, по принципу имѣло иной, какъ бы менѣе религіозный характеръ, чѣмъ древнеримская sponsio [1]); это мнѣніе нигдѣ не доказано. Вполнѣ правильна, впрочемъ, теорія того же автора, что Πίστις составляла основаніе какъ для contractus juris gentium, такъ и для тѣхъ правоотношеній, которыя входили въ область jus civile, если не съ перваго момента своего появленія, то во всякомъ случаѣ впослѣдствіи. Уже одни термины „fidepromissio," „fidejussio" указываютъ на тѣсную связь этихъ институтовъ со святынею Fides. Извѣстно также, что ни fidepromissio, ни fidejussio никогда не принадлежали къ категоріи contractus juris gentium. *Геллій* [2]) говоритъ, что въ старину признавалось вліяніе Fides и на договоръ займа—pecunia mutuatica—который искони относился къ области jus civile. Этотъ фактъ безспорный, не нуждающійся въ дальнѣйшихъ доказательствахъ [3]). Въ болѣе широкомъ смыслѣ Fides-Πίστις считается покровительницею вообще *всѣхъ договорныхъ соглашеній*—contractus negotiorum. Введеніе этого культа означаетъ, что въ государствѣ еще молодомъ, въ общинѣ еще недавно сложившейся, суроваго воинственнаго характера, уже зарождалось стремленіе къ гражданской порядочности и къ честнымъ нравамъ, независимо отъ охраненія ихъ внѣшнею силою. Возникаетъ сознаніе необходимости уважать права отдѣльной личности, порождается чувство законности. Въ этомъ вся сила новаго культа, объясняющая, почему большинство возникшихъ впослѣдствіи договоровъ такъ или иначе примыкаютъ къ области Fides.

Культъ Πίστις продолжалъ играть свою роль до тѣхъ поръ, пока въ Римѣ вѣрили въ непосредственное участіе божества въ жизни людей и вліяніе на ихъ судьбу. Со временемъ, конечно, такая вѣра стала терять свою силу, и Fides изъ всемогущей богини, дававшей чувствовать свою власть всѣмъ тѣмъ, кто только дерзалъ оскорблять ее клятвонарушеніемъ, начала постепенно превращаться въ абстрактное понятіе

---

[1]) Loc. cit. стр. 141.

[2]) Noctium Atticarum lib. XX, cap. I, 41. cit. на стр. 53.

[3]) О вліяніи Fides на mancipatio ср. *Oertmann*: „Die Fiducia im römischen Privatrecht". Berlin 1890, стр. 67 и слѣд.



гражданской дѣловой честности. Проступокъ противъ Fides уже разсматривается не какъ оскорбленіе божества, а какъ обида, нанесенная нравственному чувству. Гнѣвъ божій—ira deorum—во время *Цицерона* уже не страшитъ Римлянъ, и его мѣсто занимаетъ уваженіе передъ закономъ, передъ общественнымъ мнѣніемъ:

> De officiis lib. III, cap. 29: „Est enim jus jurandum adfirmatio religiosa. Quod autem adfirmate quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Jam enim *non ad iram deorum, quae nulla est*, sed ad *justitiam* et ad *fidem* pertinet."
>
> Ibid. „Non fuit Jupiter metuendus ne iratus noceret, qui neque irasci solet nec nocere."

Гнѣва божьяго не существуетъ, говоритъ *Цицеронъ*, ira deorum не можетъ побуждать насъ исполнять данное обѣщаніе. И хотя тотъ же авторъ довольно часто упоминяетъ о fides въ связи съ religio, но это скорѣе воспоминанія о давнемъ прошломъ, отголосокъ прежнихъ взглядовъ наивнаго антропоморфизма. Неисполненіе обязательства, заключеннаго sub fide, получаетъ теперь значеніе безчестнаго поступка, караемаго позоромъ и презрѣніемъ всѣхъ гражданъ:

> Pro A. Caecina oratio cap. 3: „Qui per tutelam aut societatem aut rem mandatam aut fiduciae rationem fraudavit quempiam, in eo quo delictum majus est, eo poena est tardior. Est enim *turpe judicium*. Ex facto quidem *turpi*."

Ту же самую мысль выражаетъ *Цицеронъ* еще въ другомъ мѣстѣ:

> Pro P. Quinctio oratio cap. 6: „Qui socium fama atque fortunis spoliare conatus est, vanum se et perfidiosum et impium esse fateatur."

„Кто пытался лишить товарища и добраго имени и состоянія, того нельзя не признать ничтожнымъ, лукавымъ, нечестивымъ человѣкомъ."

По мѣрѣ того, какъ первоначальныя сакральныя основанія contractus fidei, постепенно забываясь, отодвигались на задній планъ, заключеніе договоровъ подъ клятвою теряетъ всякій смыслъ. Священные обряды не могутъ имѣть никакого значенія, когда утрачивается вѣра въ ихъ силу. На ряду съ этимъ и всѣ послѣдствія нарушенія обѣщаній sub fide начинаютъ опредѣляться не культомъ, не властями духовными, а законами и обычаями свѣтскими. Дѣйствительно, на этой стадіи уже больше не требовалось клятвы: ad adstrigendam fidem до-



статочно было обѣщанія data dextra, чтобы компетентная власть могла подвергнуть отвѣтственности его нарушителя.

Еще юристы-классики придаютъ contractus societatis такое строго нравственное значеніе находя, что при заключеніи договора товарищества dolus одного контрагента можетъ помѣшать возникновенію самой societas.

L. 3. §. 3. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigesimo secundo ad edictum: „Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo."

Самый законъ—ipso jure—исключалъ изъ области fides сдѣлки небезупречныя въ нравственномъ отношеніи. Преторъ прекращалъ in jure всѣ требованія, противорѣчавшія этическимъ началамъ contractus societatis, и соглашенія такого характера, дававшія поводъ къ искамъ, считались какъ бы никогда не состоявшимися—nullius momenti [1]).

§ 3. Хотя contractus societatis, какъ contractus bonae fidei, еще долго не пользовался судебною защитою, подобно правоотношеніямъ jus civile, но всетаки власть цензора могла оказывать ему поддержку, и при томъ поддержку весьма существенную. Зорко слѣдя за нравственнымъ поведеніемъ гражданъ, цензоры не могли не обращать вниманія на всякое клятвонарушеніе, на всякую попытку уклониться отъ исполненія обѣщанія. Благодаря своей власти, они могли карать и за нарушеніе договоровъ, заключенныхъ во имя Fides.

Это подтверждаютъ между прочимъ и слѣдующія слова *Цицерона:*

De officiis lib. III, cap. 31: „Nullum enim vinculum ad adstringendam *fidem* jure jurando majores artius esse voluerunt. Id indicant---*notiones animadversionesque censorum,* qui nulla de re diligentius quam de jure jurando judicabant."

Наши предки, говоритъ *Цицеронъ,* считали клятву наилучшею охраною соглашеній, заключенныхъ во имя Fides. На это прямо указываютъ выговоры и взысканія цензоровъ, съ особенною строгостью относившихся къ клятвонарушеніямъ [2]).

---

[1]) Cp. L. 53. Dig. pro socio. 17, 2.

[2]) Эти слова *Цицерона* побуждаютъ насъ снова припомнить доказанное выше положеніе, по которому въ старину—temporibus majorum nostrorum—соглашеніе во имя Fides обязательно предполагало клятву; между тѣмъ какъ при *Цицеронѣ* такой порядокъ болѣе не практиковался; Fides у него является лишь понятіемъ высоконравственнымъ

Въ тотъ періодъ, когда цензорскій надзоръ еще могъ обнимать всю область общественной и частной жизни римскихъ гражданъ, онъ составлялъ достаточное обезпеченіе для договоровъ, основанныхъ на одной только Fides. Вообще вліяніе цензоровъ въ лучшія времена римской республики было огромное, и трудно себѣ представить, въ какія мельчайшія подробности частной жизни не проникалъ орлиный взоръ этихъ блюстителей гражданской честности.

Вмѣстѣ съ тѣмъ цензорскія кары были по-истинѣ страшны: о грозномъ ихъ значеніи весьма краснорѣчиво свидѣтельствуетъ одинъ случай, относящійся къ исторіи кареагенскихъ войнъ.

Послѣ сраженія при Каннахъ, Ганнибалъ послалъ нѣсколько знатныхъ военноплѣнныхъ въ Римъ, для переговоровъ съ сенатомъ, съ тѣмъ однако же условіемъ, чтобы они вернулись въ кареагенскій лагерь, если только предложенія его не будутъ приняты. Миссія не имѣла успѣха. Сенатъ, благодаря вліянію Тита Манлія Торквата, послѣ нѣкотораго колебанія, отвергъ всякое соглашеніе съ Ганнибаломъ, пока онъ будетъ находиться на итальянской почвѣ. Въ составѣ посольства нашлись лица, которыя остались въ Римѣ, уклонившись отъ исполненія даннаго обѣщанія. По словамъ *Тита Ливія*, они не были выданы непріятелю, но за свое вѣроломство подверглись жестокому взысканію цензоровъ, которое такъ подѣйствовало, что одни изъ нихъ покончили съ собою, а другіе всю жизнь не только удалялись отъ участія въ общественныхъ дѣлахъ, но даже скрывались отъ свѣта дневнаго [1]).

Одного страха цензорской кары могло быть вполнѣ достаточно, чтобы обуздывать безнравственные инстинкты лицъ безчестныхъ или неисправныхъ въ своихъ дѣловыхъ отношеніяхъ.

почти религіознымъ. Πίστις, какъ личное божество, исчезаетъ; о клятвѣ ея именемъ больше не упоминается. Отъ сакральныхъ началъ bonae fidei contractus остались одни только неопредѣленныя воспоминанія: pro P. Quinctio oratio cap. 6: „etenim si veritate amicitia, fide societas - - - colitur“. Товарищество *освящается* вѣрностью—какъ бы во имя Fides.

[1]) Ab urbe condita lib. XXII, cap. 61: „Ceterum proximis censoribus adeo omnibus notis ignominiisque confectos esse, ut quidam eorum mortem sibi ipsi extemplo consciverint: ceteri non foro solum omni deinde vita sed prope luce ac publico, caruerint“. О томъ же случаѣ ср. Valerii Maximi factorum dictorumque lib. II, cap. IX, 8.

Благодаря своей компетенціи, цензоръ не могъ принудить контрагента къ исполненію принятыхъ имъ на себя, въ силу contractus fidei, обязательствъ, какъ это дѣлала впослѣдствіи судебная власть, но regimen или magisterium morum давало ему право карать всякій безнравственный поступокъ умаленіемъ гражданской чести, такъ наз. ignominia. Цензоръ вліялъ на исполненіе заключенныхъ во имя Fides соглашеній лишь косвенно; поэтому, гдѣ чувство гражданской чести отсутствовало, тамъ власть магистрата оказывалась безсильною.

Такой характеръ цензорскихъ взысканій важенъ для насъ еще въ другомъ отношеніи: имъ несомнѣнно объясняется и то значеніе, которое источники придаютъ личнымъ качествамъ контрагентовъ, при заключеніи договоровъ во имя Fides.

Извѣстно, что contractus fiduciae, tutelae, mandati и societatis прекращались вслѣдствіе смерти одной изъ участвующихъ въ нихъ сторонъ; до сихъ поръ однако же не удалось найти вполнѣ удовлетворительныхъ, и точныхъ объясненій этого начала, сохранившагося еще въ кодексѣ *Юстиніана*. Затрудненія сами собою исчезнутъ, коль скоро мы вспомнимъ все, чтó сказано выше о сакральномъ происхожденіи этихъ договоровъ. Присяга связывала только тѣхъ лицъ, которыя ее приносили и тѣхъ, въ пользу которыхъ она была принесена. Таково было древне римское правило не только относительно частныхъ дѣлъ, но и относительно договоровъ государственныхъ и международныхъ. Смерть лица, принявшаго клятву, освобождала того, кто давалъ ее. Точно также и смерть присягнувшаго прекращала всѣ правоотношенія, основанныя на присягѣ. Поэтому то о переходѣ подобныхъ клятвенныхъ отношеній на наслѣдниковъ не могло быть и рѣчи. Исключенія допускались, лишь тогда, когда на этотъ счетъ были особыя постановленія, чтó случалось весьма рѣдко. Еще Гай [1]) въ числѣ обязательствъ, прекращающихся черезъ capitis deminutio, приводитъ „operarum obligatio libertinorum quae per jusjurandum contracta est". Такой взглядъ на

---

[1]) Gai Institutiones III, §. 83. Къ дѣтямъ патрона право на „operae libertorum" переходитъ лишь въ томъ случаѣ, если объ этомъ было уговорено въ торжественномъ обѣщаніи. ср. L. 5. Dig. de operis libertorum. 38, 1. Ulpianus libro quinto decimo ad Sabinum: „Si quis operas sit stipulatus sibi *liberisque* suis, etiam ad postumos pervenit stipulatio".



contractus fidei, сложившійся подъ вліяніемъ культа, не измѣнился и впослѣдствіи, когда на смѣну сакральныхъ началъ явилось magisterium morum цензора. Хотя съ этихъ поръ культъ и клятва не считались болѣе основаніемъ договоровъ, но по другимъ соображеніямъ для лицъ, участвовавшихъ въ contractus fidei, было чрезвычайно важно, чтобы на мѣсто первоначально избраннаго контрагента не выступилъ, въ качествѣ наслѣдника, другой, противъ котораго всѣ средства цензорской власти оказались бы безсильными. Кто, подобно своднику Лабраксу *Плавта* [1]), не сознавалъ въ себѣ гражданской чести, того, конечно, не могли страшить ignominia и ея послѣдствія. Въ подобныхъ случаяхъ исполненіе или неисполненіе заключеннаго во имя Fides обязательства зависѣло всецѣло отъ произвола должника.

Какъ мы видѣли, договоръ товарищества, въ началѣ носившій строго сакральный характеръ, впослѣдствіи весьма долго опирался на цензорскую власть, какъ на единственное средство, обезпечивающее его исполненіе. Затѣмъ преторская практика стала придаватъ этимъ чисто нравственнымъ отношеніямъ между товарищами юридическое значеніе, присоединивъ къ натуральнымъ обязательствамъ искъ—actio. Но вмѣстѣ съ тѣмъ и прежніе взгляды не сразу утрачиваютъ свое значеніе. Правда, тѣ времена, когда презрѣніе гражданъ, позоръ въ обществѣ являлись *единственными* послѣдствіями нарушенія договора, уже прошли, и потерпѣвшій началъ пользоваться для защиты своихъ правъ преторскимъ искомъ. Тѣмъ не менѣе ignominia, точно такъ же, какъ и правило о прекращеніи товарищества смертью контрагентовъ, по консервативному направленію римскихъ юристовъ и законодателей, встрѣчаются въ самыхъ позднѣйшихъ памятникахъ римскаго права. Еще въ дигестахъ *Юстиніана* сохраняется старинный взглядъ, что нарушеніе contractus societatis должно караться умаленіемъ гражданской чести:

> L. 1. Dig. de his qui notantur infamia. 3, 2. Julianus libro primo ad edictum: „Praetoris verba dicunt: 'Infamia notatur, qui - - - pro socio - - suo nomine, non contrario judicio damnatus erit" и

Ульпіанъ въ другомъ мѣстѣ ясно опредѣляетъ причину такого позора:

---

[1]) Ср. выше стр. 46, примѣч. 3.



L. 6. §. 5. Dig. eod. tit. Ulpianus libro sexto ad edictum: „Verbis edicti (infamia) notatur, - - qui *fidem*, quam adversarius secutus est, non praestat“.

Этотъ позоръ заключается именно въ томъ, что товарищъ не обнаружилъ той добросовѣстности—fides—на которую имѣлъ полное право расчитывать его сотоварищъ.

Нельзя съ точностью опредѣлить того момента, съ котораго actio pro socio входитъ въ составъ преторскаго эдикта. Можно, впрочемъ, предполагать, что настоятельная потребность въ судебной защитѣ интересовъ товарищей появилась впервые только тогда, когда ослабѣвшая цензорская власть стала обнаруживать свою несостоятельность при защитѣ нарушенныхъ правъ. Быстрое развитіе могущества Рима, повлекшее за собою торговыя сношенія со всѣмъ извѣстнымъ тогда цивилизованнымъ міромъ, придало товарищескимъ предпріятіямъ огромное значеніе и неслыханное распространеніе. Участниками въ societas являлись и иностранцы, стоявшіе внѣ вліянія и власти цензоровъ; къ такимъ лицамъ были уже не приложимы *карательныя* мѣры римскихъ магистратовъ. Здѣсь на помощь является praetor peregrinus со своимъ правосудіемъ. Нѣтъ сомнѣнія, что первые споры, возникавшіе изъ нарушеній договора товарищества, разбирались этимъ сановникомъ, чѣмъ и можно объяснить, почему давно извѣстная римскому сакральному праву societas, при своемъ появленіи въ области *гражданскаго* права, причислялась къ разряду contractus juris gentium.

Возникновеніе actio pro socio, по всей вѣроятности, относится ко второй половинѣ республиканскаго періода. Во времена *Плавта* [1]) этотъ искъ, какъ предполагаютъ, уже практиковался, а при *Цицеронѣ* [2]) онъ получилъ широкое примѣненіе.

§ 4. Интересный процессъ постепеннаго превращенія contractus societatis изъ нравственнаго, натуральнаго обязательства въ правоотношеніе, пользующееся защитою гражданскихъ законовъ, сдѣлается совершенно яснымъ, если мы сопоставимъ его съ параллельнымъ развитіемъ института fideicommissum по римскому праву.

---

[1]) *Demelius*: „Plautinische Studien“ въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Томъ II, стр. 195 и 196.—*Pernice*: Labeo I, стр. 442.

[2]) *Pernice*: Labeo I, стр. 415.



Наряду съ легатами или съ предсмертными отказами древняго гражданскаго права—jus civile—встрѣчаются въ римской жизни довольно часто такъ назыв. fideicommissa, т. е. отказы на счетъ наслѣдника въ пользу постороннихъ лицъ, съ той однако же отличительною чертою, что наслѣдодатель полагается *единственно на добросовѣстность* самого наслѣдника.

> §. 1. Inst. de fideicommissar. hered. 2, 23: „*Fidei heredis committitur* et ideo fideicommissa appellata sunt, quia *nullo vinculo juris,* sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur".

Уже одно названіе „fideicommissum" указываетъ на то, что этотъ институтъ былъ основанъ единственно на честности того лица, къ которому наслѣдодатель обращался съ просьбой исполнить отказъ.

Еще *Юстиніанъ* въ своихъ институціяхъ утверждалъ, что исполненіе фидеикоммиссовъ зависитъ только отъ добросовѣстности—fides—наслѣдника, и эта fides представляетъ собою, какъ говорятъ источники, *колыбель* нашего института:

> §. 12. Inst. de fideicommissar. hered. 2, 23: „prima fideicommissorum *cunabula* a fide heredum pendent".....

Третье лицо, въ пользу котораго былъ оставленъ подобный предсмертный отказъ, такъ назыв. „fideicommissarius", въ первое время не имѣло права иска, при помощи котораго оно могло бы осуществить свои претензіи въ случаѣ, если наслѣдникъ отказался исполнить предписанія наслѣдодателя—„nullo vinculo juris continebantur" [1]).

Такое значеніе, чисто нравственное, фидеикоммиссы сохраняли до самаго императорскаго періода, и только *Августъ*, какъ мы послѣ увидимъ, призналъ необходимымъ установить для такихъ отказовъ формальную защиту.

Возникаетъ вопросъ, почему неисполненіе фидеикоммиссовъ не влекло за собою той кары, которой въ первое время цензоры подвергали нарушителей договоровъ, заключенныхъ во имя Fides-Πίστις—contractus societatis, mandati, fiduciae et tutelae? Извѣстно, что искъ, служившій впослѣдствіи средствомъ для защиты интересовъ фидеикоммиссарія—actio legati—никогда не приводилъ къ infamia. От-

---

[1]) §. 1. Inst. 2, 23. cit.



сюда можно заключить, что и въ тѣ времена, когда исполненіе фидеикоммиссовъ зависѣло единственно отъ добросовѣстности наслѣдника, пренебреженіе распоряженіемъ наслѣдодателя не влекло за собою никакого формальнаго умаленія чести. Хотя писатели республиканскаго періода, *Цицеронъ* и *Валерій Максимъ*, изъ которыхъ послѣдній жилъ еще при первыхъ императорахъ, отзываются съ негодованіемъ о лицахъ, неисполняющихъ fideicommissa, но тѣмъ не менѣе мы не встрѣчаемъ у нихъ никакихъ указаній на ignominia, которой могли бы подвергаться безсовѣстные нарушители послѣдней воли завѣщателя.

Особенно характерны въ этомъ отношеніи слова *Цицерона:*

> De finibus bonorum et malorum lib. II, cap. 18: „Quam multa vero injuste fieri possunt, quae nemo possit reprehendere! Si te amicus tuus moriens rogaverit, ut hereditatem reddas filiae suae, nec usquam id scripserit --- nec cuiquam dixerit, quid facies? Tu quidem reddes".

„Какъ часто случаются несправедливости, предупредить которыя нѣтъ никакой возможности! Допустимъ, что другъ твой умирая назначилъ тебя наслѣдникомъ и попросилъ тебя при этомъ передать все его наслѣдство, въ видѣ фидеикоммисса, его дочери [1]). Если бъ онъ не выразилъ своего желанія письменно и никому бы объ этомъ не сказалъ какъ поступилъ бы ты? Я не сомнѣваюсь, что ты предоставилъ бы все наслѣдство дочери и т. д.".

Въ томъ же направленіи высказывается и *Валерій Максимъ* [2]). Такое отступленіе отъ общаго свойства правоотношеній, основанныхъ

---

[1]) Фидеикоммиссы встрѣчаются особенно часто въ пользу женщинъ. Послѣднія были „ratione voconiana", т. е. „ratione legis Voconiae" (Paulli sent. lib. IV, cap. 8, § 22.) лишены всякаго наслѣдственнаго права за исключеніемъ того, которое принадлежало имъ, какъ роднымъ дѣтямъ - ultra consanguineorum hereditates. Но даже тамъ, гдѣ этотъ законъ не имѣлъ примѣненія, наслѣдодатели часто прибѣгали къ фидеикоммиссамъ въ пользу дочерей вмѣсто назначенія ихъ наслѣдницами. Въ первомъ случаѣ дочь получала наслѣдство, очищенное отъ всѣхъ лежавшихъ на немъ обязательствъ: кредиторы наслѣдодателя обращались съ своими претензіями къ назначеннымъ въ духовномъ завѣщаніи наслѣдникамъ, которые прежде всего платили изъ наличныхъ средствъ долги наслѣдства и уже послѣ того исполняли fideicommissum наслѣдодателя.

[2]) Valerii Maximi factorum dictorumque lib. IV, cap. II, 7. Авторъ здѣсь называетъ неисполненіе фидеикоммисса „impia avaritia".



на Fides объясняется особымъ характеромъ и особымъ значеніемъ фидеикоммисса.

По римскимъ понятіямъ наслѣдодатель, оставляющій свое состояніе наслѣднику, переносилъ на послѣдняго всѣ свои имущественныя права:

„Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit“ [1]).

Благодаря этому, наслѣдникъ становился полнымъ хозяиномъ всего наслѣдства—herus-heres; самъ же наслѣдодатель принципіально лишался всякаго права вліять на тѣ распоряженія, которыя наслѣдникъ могъ сдѣлать относительно оставленнаго ему имущества, ибо актомъ принятія наслѣдства—aditio hereditatis—наслѣдникъ вступалъ въ положеніе прежняго неограниченнаго хозяина. Правда, уже довольно рано допускались въ римскихъ законахъ нѣкоторыя исключенія изъ этого общаго правила. Къ нимъ принадлежитъ, между прочимъ, субституція, въ силу которой завѣщатель могъ назначить, на случай смерти своего прямаго наслѣдника, цѣлый рядъ его преемниковъ. Сюда же относится и legatum—предсмертный отказъ древняго jus civile. Наоборотъ, фидеикоммиссы не представляютъ никакого отступленія отъ стараго принципа, ибо наслѣдодатель позволяетъ себѣ лишь скромную просьбу къ наслѣднику—rogatio:

„*rogo te*, Luci Titi, ut, cum primum possis hereditatem meam adire, eam Gajo Sejo reddas restituas“. § 2. Inst de fideicommissar. hered. 2, 23.

Наслѣдодатель, поэтому, обращается съ просьбою къ будущему хозяину наслѣдства, который, однако же, ничѣмъ не изъявляетъ своего предварительнаго согласія и слѣдовательно не можетъ считаться связаннымъ даннымъ обѣщаніемъ. Понятно, что неисполненіе подобной просьбы не могло считаться такимъ правонарушеніемъ, или оскорбленіемъ чувства справедливости, какъ несоблюденіе древнихъ *договоровъ*, заключенныхъ во имя Fides - Πίστις—societas, mandatum, fiducia и tutela. Конечно, и въ fideicommissum небрежное отношеніе къ просьбѣ наслѣдодателя противорѣчило нравственнымъ чувствамъ народа, но въ обществѣ, подчиняющемся строгой юридической дисци-

---

[1]) L. 62. Dig. de reg. jur. 50, 17.



плинѣ, *согласію воли двухъ сторонъ* всегда должно принадлежать безусловное преимущество передъ всякимъ *одностороннимъ* заявленіемъ личныхъ желаній. Такой взглядъ ясно высказывается въ институціяхъ *Юстиніана*:

§ 1. Inst. de fideicommissar. hered. 2, 23: „Sciendum est omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo *invitus* cogebatur praestare id, de quo rogatus erat“:

„Извѣстно, что въ первое время фидеикоммиссы не имѣли никакой силы, такъ какъ никого нельзя безъ его согласія принудить къ исполненію чужихъ просьбъ“.

Въ приведенной цитатѣ мы придаемъ особенное значеніе слову „*invitus*“. Кто не изъявилъ своей воли, своего согласія, тотъ, по понятіямъ древнихъ юристовъ, не могъ считаться обязавшимся. Хотя Fides и представляетъ собою какъ бы „колыбель“ фидеикоммиссовъ, тѣмъ не менѣе въ этомъ институтѣ, она не могла вполнѣ проявить свое вліяніе, по той простой причинѣ, что въ области наслѣдственнаго права она сталкивалась съ правомъ принадлежавшимъ по закону XII таблицъ наслѣднику-- herus—послѣ принятія наслѣдства—aditio hereditatis. Fides-Πίστις въ фидеикоммиссахъ не могла считаться единственнымъ началомъ, опредѣляющимъ сферу правоотношеній (какъ это было въ societas, mandatum, fiducia и tutela)—уже потому, что вторгается въ область строгаго гражданскаго права, т. е. въ царство Δίκη, а это обстоятельство ослабляло ея вліяніе, смягчая послѣдствія нанесеннаго ей оскорбленія. Пернисъ [1]) того мнѣнія, что fideicommissum, въ своей первоначальной формѣ есть порученіе, данное наслѣднику наслѣдодателемъ *еще при* его *жизни*, причемъ въ духовномъ завѣщаніи вторично напоминалось о соглашеніи уже прежде состоявшемся. Подобное толкованіе прямо противорѣчитъ источникамъ:

„fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo *invitus* cogebatur praestare id, de quo rogatus erat“ [2]).

Юстиніанъ отрицаетъ наличность какого бы то ни было соглашенія, утверждая, что фидеикоммиссы въ первое время не имѣли никакого значенія, именно по тому что *сношенія* между

---

[1]) *Pernice:* Labeo I, стр. 413, 414.

[2]) § 1. Inst. 2, 23 cit.



участвующими лицами не предполагалось, и не было никакой возможности заставить наслѣдника исполнить *противъ собственной воли* чужія просьбы.

Если бы въ самомъ дѣлѣ fideicommissum при первомъ своемъ появленіи разсматривалось какъ mandatum post mortem, то было бы трудно понять, почему неисполненіе его никогда не влекло за собою infamia, между тѣмъ какъ нарушеніе обыкновеннаго мандата всегда приводило къ умаленію гражданской чести. Правда, на дальнѣйшихъ стадіяхъ развитія фидеикоммисса такое отступленіе объяснялось тѣмъ, что онъ не былъ помѣщенъ въ преторскомъ эдиктѣ: „de his qui notantur infamia,“ но вѣдь въ первое время цензорская власть могла бы оказать здѣсь точно такое же вліяніе, какое мы замѣчаемъ въ договорахъ, находившихся подъ покровительствомъ Fides [1]).

---

[1]) Заключеніе договоровъ съ тѣмъ, чтобы исполненіе ихъ послѣдовало лишь послѣ смерти одного изъ контрагентовъ, разрѣшается только Юстиніаномъ: L. un. pr. Cod. ut act. et ab hered. et contra hered. inc. 4, 11. Imp. Justinianus A. Johanni pp.: „Cum et stipulationes et legata et *alios contractus post mortem* compositos antiquitas quidem respuebat, *nos* autem pro communi hominum utilitate recepimus, consentaneum erat etiam illam *regulam, qua vetustas utebatur*, more humano *emendare*“. Наша цитата доказываетъ, что „contractus post mortem“ были чужды классическому правовѣдѣнію. Это самое подтверждается Гаемъ: Institutiones III, §. 158: „Item si quid post mortem meam faciendum mihi mandetur, inutile mandatum est, quia generaliter placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse“. Особенно характерна послѣдняя фраза: „placuit ab heredis persona obligationem incipere non posse“. Fideicommissum, поэтому, не могло считаться основаніемъ даже натуральнаго обязательства; оно заключало въ себѣ только одностороннюю просьбу. Какъ вообще строго соблюдался въ классическомъ правѣ взглядъ высказанный Гаемъ, видно между прочимъ и изъ того, что въ дигестахъ мы не встрѣчаемъ ни одного примѣра mandatum post mortem. Юристы-классики безусловно отвергали такой договоръ, и тѣ немногочисленныя цитаты, которыя какъ бы противорѣчатъ этому принципу, не могутъ считаться убѣдительными. Прежде всего L. 27. §. 1. Dig. mandati 17, 1, какъ намъ кажется, вообще не говоритъ о мандатѣ: Gajus libro nono ad edictum provinciale: „Si servum ea lege tibi tradidero (вставлено компиляторами вмѣсто „mancipavero“), ut eum post mortem meam manumitteres, constitit obligatio: potest autem *et in mea quoque persona* agendi causa intervenire, veluti si paenitentia acta servum reciperare velim“. (Если я, говоритъ Гай, передамъ тебѣ раба съ условіемъ, чтобы послѣ моей смерти ты отпустилъ его на волю, то вслѣдствіе этого между нами возникнетъ обязательство: еще при жизни я могу предъявить противъ тебя искъ, напр., если бы, раскаиваясь въ передачѣ раба, я потребовалъ его возвращенія). Очевидно въ данномъ случаѣ контрагенты не имѣютъ въ виду никакого мандата, а воля ихъ направлена на contractus fiduciae, благодаря которому допускается возможность отобрать раба (reciperare) чрезъ такъ назыв. remancipatio. Извѣстно, что къ договору fiducia присовокуплялись

Fideicommissum представляетъ собою лишь „rogatio", „prex" односторонняго свойства. *Гай* говоритъ, что порученія на случай смерти—mandata post mortem—въ римскомъ правѣ классическаго періода не имѣли никакой силы. Такой взглядъ не могъ бы выработаться, если бы на fideicommissum смотрѣли какъ на порученіе, сдѣланное на случай смерти, хотя еще не дающее формальнаго гражданскаго иска.

Это значеніе простой просьбы (prex), ни къ чему не обязывающей, фидеикоммиссы сохраняли до тѣхъ поръ, пока императоръ *Августъ* не постановилъ, чтобы консулы въ административномъ порядкѣ слѣдили за исполненіемъ подобныхъ предсмертныхъ отказовъ:

всѣ возможныя условія. Къ разряду такихъ относится, между прочимъ, и передача раба fiduciae causa съ тѣмъ, чтобы отпустить его на волю послѣ смерти перваго хозяина, (fiduciae dans). Въ дигестахъ остается только одно мѣсто, которое дѣйствительно упоминаетъ о mandatum post mortem: L. 12. §. 17. Dig. mandati 17, 1. „Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres ejus poterit mandati agere. Illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. Potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret ad faciendum, maxime si jam quaedam ad faciendum paravit". Обстоятельства дѣла слѣдующія: нѣкто заказываетъ скульптору для себя памятникъ и до окончанія работы умираетъ. Маркеллъ того мнѣнія, что наслѣдникъ манданта можетъ настаивать на исполненіи заказа; но и скульптору нельзя отказать въ правѣ черезъ actio mandati contraria требовать вознагражденія за издержки, употребленныя имъ на изготовленіе монумента. Этотъ искъ можетъ быть предъявленъ мандатаріемъ, какъ противъ самого манданта, такъ и противъ его наслѣдника. По своему прямому смыслу эта цитата, какъ намъ кажется, не представляетъ никакого отступленія отъ взгляда классической юриспруденціи на mandata post mortem. Маркеллъ имѣетъ въ виду дѣло, начатое еще при жизни наслѣдодателя (si jam quaedam ad faciendum paravit), которое наслѣдникъ по общепризнаннымъ правиламъ обязанъ довести до конца (ср. L. 1. pr. Dig. de fidej. et nom. 27, 7. L. 40. pro socio. 17, 2). Слово „fieret" могло бы обозначить установку заранѣе изготовленнаго памятника.Правда, редакція фрагмента, во всякомъ случаѣ, мало удовлетворительна и весьма понятно, что многіе изслѣдователи могли сомнѣваться въ подлинности словъ Маркелла, предполагая передѣлку компиляторовъ. Cujacii observ. l. 38, Schulting: „Notae ad digesta seu pandectas" Edit. Smallenberg, Leydae. ad loc. cit. см. и Vangerow: „Lehrbuch der Pandecten". Томъ II, §. 662. Windscheid: „Lehrbuch des Pandectenrechts". Томъ II, §. 411, nota 5. Также и Pernice и Gradenwitz высказывали намъ свою догадку, что здѣсь мы имѣемъ дѣло со вставкою компиляторовъ, относящихся, какъ извѣстно, къ mandatum post mortem иначе, чѣмъ юристы-классики.



§. 1. Inst. de fidecommissar. hered. 2, 23: „Postea primus divus Augustus semel iterumque gratia personarum motus vel quia per ipsius salutem rogatur quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam jussit consulibus auctoritatem suam interponere."

Августъ предписалъ консуламъ взять подъ свое покровительство исполненіе фидеикоммиссовъ. Причина такого предписанія не вполнѣ разъяснена. Быть можетъ, императоръ желалъ оказать особую милость извѣстнымъ частнымъ лицамъ, быть можетъ, онъ хотѣлъ обезпечить свои собственныя требованія на оставленный ему отказъ, наконецъ могли его къ тому побудить случаи возмутительной недобросовѣстности въ исполненіи назначенныхъ наслѣдодателемъ фидеикоммиссовъ. Какъ бы то ни было, контроль производился сначала чисто административнымъ порядкомъ чрезъ такъ назыв. „extraordinaria cognitio."

Но разъ начатыя, эти реформы развиваются быстро. Административный надзоръ вскорѣ замѣняется судебнымъ производствомъ у претора:

§. 1. Inst. eod. tit. 2, 23: „Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversum est in adsiduam jurisdictionem: tantusque favor eorum factus est, ut paulatim etiam praetor proprius crearetur, qui fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant."

Римскій народъ (quia populare erat) весьма не расположенный ко вторженію административныхъ властей въ область частныхъ имущественныхъ интересовъ, склоненъ къ разбору всѣхъ вообще вопросовъ практической жизни со строгой точки зрѣнія гражданскаго права. Поэтому, говоритъ *Юстиніанъ*, необходимо было подчинить фидеикоммиссы гражданскому суду претора. Такимъ образомъ, extraordinaria persecutio, установленная *Августомъ* для защиты правъ фидеикоммиссаріевъ, мало по малу (paulatim) соединялось съ обыкновеннымъ судебнымъ производствомъ, искони соблюдаемымъ по jus civile относительно легатовъ. Наконецъ, еще позже, actio legati стала предъявляться одинаковымъ порядкомъ и легатаріемъ и фидеикоммиссаріемъ. Этотъ искъ съ тѣхъ поръ служилъ защитою всѣхъ

вообще предсмертныхъ отказовъ, и въ законодательствѣ *Юстиніана* фидеикомиссы окончательно сливаются съ легатами:

L. 1. Dig. de legatis I. Ulpianus libro sexagesimo septimo ad edictum: „Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis" [1]).

Общій ходъ постепеннаго развитія contractus societatis и другихъ, находившихся подъ покровительствомъ Fides-Πίστις договоровъ, представляется совершенно аналогичнымъ съ вышеизложеннымъ превращеніемъ фидеикоммисса изъ чисто нравственнаго понятія въ институтъ гражданскаго права. То, что въ классическій періодъ римскаго права совершилось съ фидеикоммиссомъ, можно сказать, во-очію, происходило съ contractus societatis, mandati, fiduciae и tutelae значительно раньше. Точныхъ данныхъ объ отдѣльныхъ моментахъ этого процесса мы не имѣемъ, но несомнѣнно, что когда стали признавать actio pro socio необходимою и внесли ее въ эдиктъ римскихъ преторовъ, судебная практика могла связать этотъ искъ съ существовавшимъ уже раньше натуральнымъ обязательствомъ, съ выработаннымъ уже прежде договоромъ.

Трудно опредѣлить, какія именно обстоятельства послужили первымъ поводомъ къ появленію въ преторскомъ эдиктѣ этого иска, основаннаго на bona fides. Когда почва достаточно подготовлена, самые незначительные мотивы вызываютъ весьма важные законы. Такъ и въ нашемъ случаѣ можно пожалуй допустить „gratia personarum" (протекцію, оказанную властями вліятельнымъ частнымъ лицамъ), или „insignis quorundam perfidia" (какую либо вопіющую недобросовѣстность лицъ, принимавшихъ участіе въ societas)—обстоятельства, кото-

---

[1]) *Arndts*: „Die Lehre von den Vermächtnissen" въ Fortsetzung von Gluecks Erläuterungen der Pandekten. Томъ I, стр. 51—справедливо сомнѣвается въ томъ, что слова эти дѣйствительно написаны самимъ *Ульпіаномъ*, такъ какъ процессъ постепеннаго сліянія легатовъ и фидеикоммиссовъ при немъ далеко еще не окончился. Очевидно мы здѣсь имѣемъ дѣло съ одной изъ многочисленныхъ и произвольныхъ поправокъ, сдѣланныхъ редакціонной коммиссіей *Юстиніана* въ сочиненіяхъ юристовъ-классиковъ. О чемъ же *Ульпіанъ* въ этомъ мѣстѣ говорилъ на самомъ дѣлѣ, мы опредѣлить не можемъ, но во всякомъ случаѣ здѣсь не могло быть рѣчи о порядкахъ, созданныхъ тремя столѣтіями позже императоромъ *Юстиніаномъ*: §. 7. Inst. de obligationibus quasi ex contractu. 3, 27: „*nostra constitutio* cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit..... *Нашъ законъ* придаетъ всѣмъ легатамъ и фидеикоммиссамъ одинаковое значеніе.....



рыя лучше всякихъ теоретическихъ соображеній могли убѣдить общественное мнѣніе въ недостаткахъ существующаго порядка.

§ 5. Нами было высказано предположеніе, что actio pro socio возникло относительно поздно, вѣроятно въ концѣ республиканскаго періода. Между тѣмъ извѣстно, что соглашенія, въ видѣ contractus societatis, встрѣчались гораздо раньше. Римляне, такимъ образомъ, долго обходились безъ гражданскаго иска для защиты подобныхъ договоровъ, что́ отчасти объясняется тѣмъ покровительствомъ со стороны сакральнаго права и цензорскаго надзора, которымъ пользовались всѣ вообще сдѣлки, заключенныя во имя Fides. Впрочемъ, помимо всего этого, и судебная власть, еще до внесенія actio pro socio въ преторскій эдиктъ, нашла возможнымъ распространить свое вліяніе и на договоръ товарищества. Въ тѣхъ случаяхъ, когда преторы считали обезпеченіе имущественныхъ интересовъ товарищей необходимымъ, они прибѣгали, по ходатайству любого изъ участниковъ товарищества, къ такъ назыв. stipulationes cautionales, т. е. заставляли тяжущихся, со строгимъ соблюденіемъ всѣхъ формальностей древне-римской стипуляціи, обѣщать другъ другу то, что́ составляло предметъ соглашенія, заключеннаго во имя Fides: „quanti ea res est."

Благодаря такой стипуляціи, правоотношеніе, хотя и не признанное римскимъ гражданскимъ правомъ (jus civile), а въ силу того и не пользовавшееся защитою судебной власти, сразу получало видъ и характеръ contractus juris civilis, со всѣми его судебными гарантіями. Источники приводятъ примѣры, въ которыхъ такого рода новаціи примѣнялись и къ товариществу.

L. 65. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Actione distrahitur (sc. societas), cum aut stipulatione (sc. praetoria) aut judicio mutata sit causa societatis."

---

[1]) L. 1. pr. Dig. de stipulationibus praetoriis. 46, 5. Ulpianus libro septuagensimo ad edictum: „Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, judiciales cautionales communes - - - §. 2. Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt - - - Мы различаемъ, говоритъ *Ульпіанъ*, три рода преторскихъ стипуляцій: judiciales cautionales и communes.—Что же касается до stipulationes cautionales, то подъ ними подразумѣваются такія стипуляціи, которыя заключаются по случаю возбужденія спора, съ цѣлью защитить признаннымъ въ jus civile искомъ такія правоотношенія, которыя сами по себѣ не пользовались охраною гражданскихъ законовъ.— Ср. *Keller* „Der römische Civilprocess ud die Actionen". стр. 384 и слѣд.

„Товарищество прекращается предъявленіемъ иска, такъ какъ его юридическое основаніе (causa) измѣняется вслѣдствіе заключенія стипуляціи у претора или вслѣдствіе litis contestatio".

Помимо такого процессуальнаго способа превратить натуральное обязательство между товарищами въ признанную закономъ obligatio civilis, сами заинтересованныя лица при вступленіи въ товарищество могли облекать свои отношенія въ стипуляцію. Такимъ образомъ, они обезпечивали себя на случай возможнаго спора, вполнѣ освобождаясь отъ вліянія и усмотрѣнія претора, который могъ истцу, ходатайствующему о stipulatio praetoria, отказать въ ней.

Примѣръ стипуляціи между лицами, составляющими товарищество, приводитъ намъ *Alfenus Varus*—одинъ изъ старѣйшихъ юристовъ-классиковъ, жившій еще въ республиканскомъ періодѣ и захватившій время императора *Августа.*

L. 71. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro tertio epitomarum Alfeni digestorum: „Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis *stipulati* sunt":

Случай этотъ, какъ видно, состоитъ въ слѣдующемъ:

Два лица, вступившія въ товарищество, учреждаютъ учебное заведеніе, опредѣляя, что весь доходъ отъ него будетъ общимъ. Сначала они заключаютъ неформальный договоръ товарищества (pactum societatis), съ точностью обозначая всѣ его отдѣльные пункты; но чтобы обезпечить свои взаимныя обязательства на случай спора, въ концѣ условія они прибавляютъ еще формулу стипуляціи.

Очевидно, подобныя новаціи должны были утратить свое практическое значеніе въ позднѣйшія времена, когда actio pro socio была уже занесена въ римскіе гражданскіе законы. Въ этомъ-то и заключается причина, почему впослѣдствіи такіе двойственные договоры встрѣчаются только въ видѣ рѣдкаго исключенія. При *Альфенѣ* же могли еще существовать живыя воспоминанія о старыхъ порядкахъ, и прибавленіе стипуляціи къ pactum societatis могло еще считаться общепринятымъ средствомъ, чтобы обезпечить для товарищей въ случаѣ нарушенія договора возможность судебной защиты. Напротивъ того, позднѣйшій юристъ *Павелъ* въ своихъ комментаріяхъ къ *Альфену* объясняетъ такую стипуляцію иначе: по его воззрѣнію контрагенты въ

данномъ случаѣ имѣли въ виду новацію другого рода—превращеніе *actio* pro socio въ *actio* ex stipulatu. Онъ продолжаетъ loc. cit.

„si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent „haec ita dari fieri spondes?" futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non posse, sed tota res in stipulationem translata videretur."

Пока actio pro socio не существовала, о конкурренціи между *двумя исками* не могло быть и рѣчи. Pactum de societate не защищалось судебнымъ путемъ, а потому черезъ stipulatio praetoria или стипуляцію, заключенную по собственной иниціативѣ сторонъ, чисто натуральное обязательство превращалось въ obligatio civilis. При *Павлѣ* же конкуррируютъ два самостоятельныхъ иска, изъ которыхъ actio pro socio благодаря новаціи замѣняется другимъ искомъ—actio ex stipulatu.

Весьма характерный примѣръ заключенія товарищами такой добавочной стипуляціи приводитъ *Брунсъ* въ своемъ сборникѣ древнихъ образцовъ римскихъ договоровъ [1]). Этотъ случай относится за 100 лѣтъ до Р. X. т. е. къ тому времени, когда actio pro socio не была еще внесена въ преторскій эдиктъ:

„Jnter Cassium Frontinum et Julium Alexandrum societas danistarie ——— ita convenit, ut quid in ea societate arrenatum fuerit lucrum damnumve acciderit, aequis portionibus suscipere debebunt. ——— Jd dari fieri praestarique stipulatus est Cassius Frontinus spopondit Julius Alexander. De qua re dua paria tabularum signatae sunt."

Кассій Фронтинъ и Юлій Александръ вступили въ товарищество съ тою цѣлью, чтобы сообща основать банкирскую контору. Объ этомъ они составляютъ письменный актъ въ двухъ экземплярахъ, присовокупляя въ концѣ его формулу стипуляціи [2]).

---

[1]) „Fontes juris Romani antiqui". Friburgi 1887, pag. 268. danistariae отъ греческаго δανειστής—negotium mensae argentariae.

[2]) Въ нашемъ смыслѣ и *Pernice* замѣчаетъ: „so könnte man als Vorstufe des Consensualvertrages sich eine wechselseitige Stipulation vorstellen". Labeo. Томъ I, стр. 445.



ГЛАВА ЧЕТВЕРТАЯ.

Юридическое значеніе societas unius negotii, unius rei и unius negotiationis.

Первоначальная задача societas unius negotii. Товарищъ-представитель Близкія отношенія между societas unius negotii и societas unius rei. Появленіе judicium communi dividundo и внесеніе его въ преторскій эдиктъ. L. 1. pr. Dig. communi dividundo. 10, 3. Связь между judicium communi dividundo и actio familiae erciscundae. Дополнительное значеніе judicium communi dividundo для actio pro socio. L. 39. Dig. pro socio. 17, 2. Judicium communi dividundo и societas unius rei. Societas unius rei—communio, въ основаніи которой лежитъ договоръ. Societas unius rei—зародышъ societatis unius negotiationis. Gai Institutiones III, §. 148. и pr. Inst. de societate. 3, 25. Societas omnium quae ex quaestu veniunt. Противоположность въ развитіи societas omnium bonorum и contractus societatis. Послѣдній не происходитъ изъ семейныхъ началъ. Вліяніе contractus societatis на семейныя товарищества среднихъ вѣковъ.

§ 1. До сихъ поръ шагъ за шагомъ мы прослѣдили постепенное развитіе contractus societatis, до появленія въ преторскомъ эдиктѣ особаго иска для защиты интересовъ товарищей въ судебномъ порядкѣ —actio pro socio. Основаніе и цѣль договора товарищества въ его первоначальномъ видѣ (societas unius negotii) состояли въ извѣстной опредѣленной сдѣлкѣ товарищей съ лицомъ постороннимъ. Для осуществленія этой цѣли socii соединялись договоромъ bonae fidei, устанавливая при этомъ предѣлы товарищества и предоставляя одному изъ своей среды приведеніе общаго дѣла въ исполненіе. Отношенія между лицомъ, дѣйствовавшимъ отъ имени всего союза и остальными товарищами, носили характеръ посредственнаго *представительства*. Всѣ послѣдствія сдѣлки такой socius представитель бралъ только на себя. Онъ одинъ считался субъектомъ всѣхъ правъ и обязательствъ, вытекавшихъ изъ договора, заключеннаго въ интересахъ товарищества съ третьимъ лицомъ. Если, напр., contractus societatis состоялся для покупки извѣстной вещи, то единственнымъ покупщикомъ являлся такой товарищъ-представитель, и продавцу уже не было никакого дѣла до того, дѣйствовалъ ли покупщикъ отъ имени всего союза или лично отъ себя. Правда, этотъ представитель велъ дѣло не только contemplatione alterius, но и sua contemplatione, тѣмъ не менѣе всякая сдѣлка, заключенная имъ ради товарищества, обязывала его къ ея возможнымъ выгодамъ пріобщить и другихъ лицъ—сотоварищей. Быть можетъ, это былъ одинъ изъ тѣхъ разнообразныхъ коррективовъ, которыми пре-

торская практика фактически пополняла существенные пробѣлы строгаго jus civile, на этотъ разъ состоявшіе въ недопущеніи при юридическихъ сдѣлкахъ свободныхъ лицъ (personae sui juris) *непосредственными представителями* [1]).

Какъ мы видѣли, на первыхъ стадіяхъ развитія нашего института интересы членовъ товарищества обезпечивались однимъ только торжественнымъ обѣтомъ, даннымъ другъ другу именемъ Fides-Πίστις. Пока не былъ введенъ преторскій искъ—actio pro socio—возможность судебной защиты обусловливалась присоединеніемъ къ contractus societatis стипуляціи.

Чаще всего сдѣлка (negotium) которую товарищи, при заключеніи договора между собою, имѣли въ виду, состояла въ куплѣ-продажѣ или въ наймѣ; при исполненіи же ея первоначальная societas unius negotii тѣсно соприкасалась съ другимъ типомъ товарищества, societas unius rei. Цѣль покупки вещи (emptio rei) для товарищества состояла въ томъ, чтобы сдѣлать всѣхъ членовъ союза собственниками купленнаго предмета pro partibus indivisis. Когда же эта цѣль достигалась, то на развалинахъ societas unius negotii вполнѣ естественно возникала societas unius rei. Оба типа товарищества стояли другъ къ другу такъ близко, что во многихъ случаяхъ они какъ бы сливались воедино, тѣмъ болѣе, что при заключеніи contractus societatis не всегда легко было опредѣлить, что́ изъ него выйдетъ: societas unius negotii или unius rei [2]).

§ 2. Отношенія societas unius rei къ остальнымъ видамъ contractus societatis въ значительной степени обусловливались появленіемъ actio communi dividundo. Существуютъ неопровержимыя доказательства, что этотъ послѣдній искъ внесенъ въ преторскій эдиктъ во всякомъ случаѣ позже actio pro socio, и что съ самаго начала между товариществомъ и communio установилась тѣсная связь.

L. 1. pr. Dig. communi dividundo. 10, 3 Paulus libro vicensimo tertio ad edictum: „Communi dividundo judicium *ideo necessarium*

---

1) См. Mitteis: „Die Lehre von der Stellvertretung". Wien 1885, стр. 32 и слѣд.

2) Эти два понятія: societas unius negotii и societas unius rei иногда смѣшиваются даже юристами-классиками, ср. L. 65. §. 10. Dig pro socio. 17, 2 Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Item si *alicujus rei* societas sit et finis *negotio* impositus, finitur societas": ср. §. 6. Inst. de societate. 3, 25.

fuit, quod pro socio actio magis ad personales invicem praestationes pertinet quam ad communium rerum divisionem.“

„Въ actio communi dividundo, говоритъ *Павелъ*, оказывалась надобность по той причинѣ, что actio pro socio скорѣе относилась къ личнымъ требованіямъ товарищей между собою, чѣмъ къ раздѣлу вещей, находившихся въ ихъ общей собственности“.

Эти слова римскаго юриста могли бы навести даже на ту мысль, что communi dividundo judicium возникло какъ дополненіе къ actio pro socio, и что внесеніе его въ эдиктъ претора было вызвано только потребностями и нуждами товарищества. Но едвали это было такъ: извѣстно, что преторская практика создала упомянутый неформальный искъ, главнымъ образомъ, для устраненія нѣкоторыхъ недостатковъ, свойственныхъ древне-римской actio familiae erciscundae [1]), принимая въ соображеніе преимущественно интересы наслѣдниковъ при раздѣлѣ между ними наслѣдства. Не смотря на такое происхожденіе, communi dividundo judicium не могло не отразиться и на развитіи товарищества, а въ особенности на societas unius rei.

---

[1]) См. наши замѣчанія выше на стр. 33. Особаго вниманія заслуживаетъ, что для обоихъ исковъ—familiae erciscundae и communi dividundo—примѣнялся одинъ и тотъ же процессъ per adjucationem, имѣвшій свою особую форму. Извѣстно, что actio communi dividundo—искъ новѣйшаго происхожденія—подчинялся процессуальному порядку actio familiae erciscundae—иску древнѣйшаго происхожденія. На тѣсную связь между обоими исками неоднократно указываютъ и юристы-классики. *Ульпіанъ*, напр., называетъ communi dividundo judicium дополнительнымъ средствомъ для раздѣла наслѣдственнаго имущества, оставленнаго безъ вниманія при предъявленіи actio familiae erciscundae: L. 20. §. 4. Dig. fam. ercisc. 10, 2. Ulpianus libro nono decimo ad edictum: „Familiae erciscundae judicium amplius quam semel agi non potest nisi causa cognita: quod si quaedam res indivisae relictae sunt, *communi dividundo* de his agi potest“. Объ этомъ дополнительномъ значеніи communi dividundo judicium къ actio familiae erciscundae *Ульпіанъ* упоминаетъ и въ другомъ мѣстѣ: L. 4. §. 2. Dig. com. divid. 10, 3. Ulpianus libro nono decimo ad edictum: „Hoc judicium bonae fidei est: quare si una res indivisa relicta sit, valebit utique et ceterarum divisio et poterit iterum communi dividundo agi de ea quae indivisa mansit.“ (Искъ communi dividundo принадлежитъ къ разряду неформальныхъ bonae fidei actiones. Поэтому, если при раздѣлѣ наслѣдства какая нибудь вещь не вошла въ этотъ раздѣлъ, то относительно ея допускается actio communi dividundo, причемъ, конечно, прежній раздѣлъ наслѣдства остается въ своей силѣ). Обѣ приведенныя цитаты, хотя и помѣщены въ различныхъ титулахъ дигестъ, заимствованы компиляторами изъ одного и того же сочиненія *Ульпіана*—девятнадцатой книги комментарія къ преторскому эдикту; надо полагать, что въ первоначальномъ текстѣ оба фрагмента такъ или иначе были связаны между собою.



Въ древне-римской литературѣ иногда встрѣчаются указанія на фактическое сходство въ положеніи товарищей и наслѣдниковъ до раздѣла между ними наслѣдства. *Цицеронъ*, напр., говоритъ:

> Pro Q. Roscio Comoedo oratio cap. 18: „Simillima enim et maxime gemina societas hereditatis est: quem ad modum socius in societate habet partem, sic heres in hereditate habet partem; ut heres sibi soli non coheredibus petit, sic socius sibi soli, non sociis petit; et quem ad modum uterque pro sua parte petit, sic pro sua parte dissolvit: heres ex sua parte qua hereditatem adiit, socius ex ea qua societatem coiit."

Societas и hereditas называются здѣсь близнецами: подобно тому какъ товарищъ имѣетъ свой пай въ товариществѣ, наслѣдникъ имѣетъ свою долю въ наслѣдствѣ. Мало того: между исками, которыми товарищи и наслѣдники осуществляютъ свои права, *Цицеронъ* находитъ большое сходство, предѣлы и цѣль ихъ представляются ему почти одинаковыми. Вслѣдствіе такого отношенія между actio familiae erciscundae и actio pro socio, communi dividundo judicium легко могло распространить свое дополнительное значеніе съ перваго изъ этихъ двухъ исковъ на второй, тѣмъ болѣе, что въ случаѣ спора между товарищами actio pro socio не удовлетворяла безусловно всѣмъ требованіямъ сторонъ. Прежде всего ея процессуальная формула принимала въ соображеніе одно только денежное вознагражденіе,—„quid quid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona." Какъ искъ, основанный на обязательствѣ, actio pro socio дѣлалась безсильною, лишь только истецъ имѣлъ въ виду не денежный расчетъ съ отвѣтчикомъ, но дѣлежъ вещи, пріобрѣтенной на общія средства товарищей. Сверхъ того предъявленіе actio pro socio неизбѣжно влекло за собою прекращеніе contractus societatis между тяжущимися [1]), тогда какъ judicium communi dividundo давало сторонамъ возможность, и послѣ раздѣла общей вещи, сохранять товарищескую связь. Но этимъ еще не ограничивались всѣ преимущества judicium communi dividundo сравнительно съ actio pro socio. Первый изъ этихъ двухъ исковъ, въ случаѣ его проигрыша, не сопровождался никакимъ умаленіемъ гражданской чести, въ видѣ infamia, между тѣмъ какъ actio pro socio сохранила

---

[1]) L. 63. §. 10. L. 64. L. 65. pr. Dig. pro socio. 17, 2.



такія послѣдствія до временъ позднѣйшихъ, даже въ законодательствѣ *Юстиніана*. Другое преимущество communi dividundo judicium, имѣвшее для истца несомнѣнное значеніе, состояло въ томъ, что при веденіи такого процесса отвѣтчикъ не пользовался тою льготою посильной отвѣтственности (beneficium competentiae), которая составляла непремѣнное ограниченіе actio pro socio. Поэтому-то и не удивительно, что actio communi dividundo нашла столь широкое примѣненіе въ дѣлахъ товарищества, и что она пользовалась даже предпочтеніемъ передъ actio pro socio не только въ societas unius rei, но и вообще во всѣхъ случаяхъ, когда являлась необходимость въ *раздѣлѣ вещи*, находившейся въ общемъ владѣніи товарищей [1]):

L. 2. pr. Dig. communi dividundo. 10, 2. Gajus libro septimo ad edictum provinciale: „Nihil autem interest, cum societate an sine societate res inter aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi dividundo judicio.“

Въ виду того, что оба эти иска—communi dividundo и pro socio—въ дѣлахъ товарищества нерѣдко преслѣдовали одинаковыя цѣли, они могли быть предъявляемы совершенно безразлично, такъ что одинъ изъ нихъ вполнѣ замѣнялся другимъ [2]).

---

[1]) Весьма характерно, что юристы-классики тамъ, гдѣ они имѣютъ въ виду communio incidens, нерѣдко употребляютъ термины „societas“ и „socii“. Такая communio должна была напоминать имъ societas unius rei какъ видъ товарищества, первоначально наиболѣе распространенный. Мало того: они иногда даже смѣшиваютъ оба института. Такъ, напр., *Ульпіанъ* въ L. 3. dig. com. divid. 10, 3 называетъ „socii“ лицъ, связанныхъ между собою узами communio incidens. Еще замѣтнѣе смѣшеніе обоихъ понятій въ L. 4. §. 3. Dig. eod. tit. Ulpianus libro nono decimo ad edictum: „Sicut autem ipsius rei divisio venit in *communi dividundo* judicio, ita etiam praestationes veniunt: - - - Sed si non cum ipso *socio* agat, sed cum herede *socii*, Labeo recte existimat impensas et fructus a defuncto perceptos venire“. См. также: L. 6. §.§. 2, 8, 12. L. 29. Dig. eod. tit. То же самое явленіе встрѣчается въ L. 3. pr. Cod. com. divid. 3, 37. Imp. Alexander A. Verecundiano: „Ad officium arbitri, qui inter te et fratrem tuum dividendis bonis datus fuerit, ea sola pertinent, quae manent communia tibi et illi. Nam ea, quorum partem is vendidit, cum emptoribus tibi communia sunt et adversus singulos arbitrum petere debes, si ab illorum quoque societate discedi placeat“. Ср. съ этимъ еще L. 1. pr. Cod. eod. tit. и L. 2. L. 11. Cod. communia utriusque judicii tam fam. ercisc. quam com. divid. 3, 38. Въ послѣднемъ мѣстѣ употребляется терминъ „dissociari“, въ смыслѣ разъединенія communio. Ср. L. 39. (40). Dig. de neg. gest. 3, 5.

[2]) L. 38. §. 1. Dig. pro socio. 17, 2. „Paulus libro sexto ad Sabinum: „Si tecum societas mihi sit et res ex societate communes, quam impensam in eas fecero quos ve

Значеніе actio communi dividundo должно было еще усилиться послѣ того, какъ она, не ограничиваясь болѣе однимъ только раздѣломъ вещей, стала обнимать собою всевозможныя обязательственныя требованія (personales praestationes), вытекавшія изъ общей собственности тяжущихся:

L. 4. §. 3. Dig. communi dividundo. 10, 3. Ulpianus libro nono decimo ad edictum: „Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam *praestationes* veniunt: et ideo si quis impensas fecerit consequatur" [1]).

Если бы кто либо сдѣлалъ какія нибудь затраты на вещь, составлявшую общую собственность, то возникшее изъ этого обязательственное требованіе могло служить достаточнымъ поводомъ для предъявленія actio communi dividundo.

Не смотря на обширное распространеніе и частое примѣненіе communi dividundo judicium въ дѣлахъ товарищества, actio pro socio всетаки оставалось главнымъ и спеціальнымъ искомъ для защиты правъ товарищей и могла, поэтому, быть примѣняема какъ дополнительное средство во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда socius, предъявившій actio communi dividundo, не получалъ полнаго удовлетворенія по всѣмъ своимъ законнымъ претензіямъ:

L. 43. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro vicensimo octavo ad edictum: „Si actum sit communi dividundo, *non tollitur pro socio actio,*---Sed si postea pro socio agatur, hoc minus ex ea actione consequitur, quam ex prima actione consecutus est".

---

fructus ex his rebus cep·ris, vel pro socio vel communi dividundo me consecuturum et altera actione alteram tolli Proculus ait". (Если я съ тобою заключу договоръ товарищества, и вслѣдствіе этого у насъ возникнетъ общая собственность, то для возмѣщенія затратъ, сдѣланныхъ на общую вещь, и распредѣленія прибылей, отъ нея получаемыхъ, съ равнымъ успѣхомъ можетъ быть допущена actio pro socio и actio communi dividundo, при чемъ предъявленіе одного иска исключаетъ другой.

[1]) Ср. *Eck*: „Die sogenannten doppelseitigen Klagen des römischen und gemeinen deutschen Rechts". Berlin 1870, стр. 99. Авторъ того мнѣнія, что удовлетвореніе обязательственныхъ требованій, вытекавшихъ изъ общей собственности (такъ наз. personales praestationes), составляетъ лишь новѣйшую и во всякомъ случаѣ не первоначальную цѣль actio communi dividundo. На ту же функцію этого иска указываетъ и L. 38. §. 1. Dig. pro socio. 17, 2 cit. ср. наше примѣч. 2 на стр. 76. Не смотря на то, что„ impensa, quam in communes res fecero vel fructus ex his rebus" могутъ быть объектомъ только обязательственнаго требованія, здѣсь допускается actio communi dividundo наравнѣ съ actio pro socio.



Могло-же случиться, что даже въ societas unius rei одна только actio pro socio вполнѣ соотвѣтствовала всѣмъ интересамъ истца и поэтому исключала communi dividundo judicium. Бывали и такія обстоятельства, что socius, желая прекратить свою связь съ товариществомъ, вовсе не имѣлъ въ виду раздѣла вещи, составлявшей общую собственность, и предпочиталъ ликвидацію иного рода:

L. 39. Dig. pro socio. 17, 2. Pomponius libro tertio decimo ad Sabinum: „Si fundus mihi tecum communis sit et in eum mortuum intuleris, agam tecum pro socio“.

Обсуждается слѣдующій случай: участокъ земли составляетъ собственность двухъ лицъ, заключившихъ между собою contractus societatis unius rei. На этомъ участкѣ одинъ изъ товарищей безъ вѣдома другого [1]) хоронитъ мертвое тѣло. Этотъ фактъ еще не превращаетъ общей земли въ locus religiosus, еще не исключаетъ ее изъ гражданскаго оборота [2]), но тѣмъ не менѣе значительно ее обезцѣниваетъ, такъ

---

[1]) Ср. §. 9. Inst. de rer. divis. 2, 1: „In communem autem locum purum invito socio inferre non licet“.

[2]) L. 6. §. 6. Dig. com. div. 10, 3. Ulpianus libro nono decimo ad edictum: „Si quis in communem locum mortuum intulerit, an religiosum fecerit videndum. Et sane jus quidem inferendi in sepulchrum unicuique in solidum competit, *locum autem purum alter non potest facere religiosum.* Trebatius autem et Labeo quamquam putant non esse locum religiosum factum, tamen putant in factum agendum“. Изъ приведеннаго фрагмента явствуетъ, что *Ульпіанъ*, *Требацій* и *Лабеонъ*, послѣ нѣкоторыхъ колебаній, приходятъ къ заключенію, что одинъ изъ товарищей безъ содѣйствія другихъ не можетъ превратить общій участокъ въ locus religiosus, хотя бы и было погребено на немъ тѣло. Заключеніе это по всей вѣроятности можетъ быть объяснено тѣмъ, что юристы-классики строго придерживались правила: Religiosum locum unus quisque *sua voluntate* facit, dum mortuum infert in locum suum (§. 9. Inst. de rer. divis. 2, 1 и L 6. §. 4. De divis. rer. et qualit. 1, 8). Если же земля принадлежитъ двумъ или нѣсколькимъ лицамъ, то необходима общая ихъ voluntas—согласіе всѣхъ и каждаго, чтобы принадлежащій имъ участокъ превратился въ locus religiosus. Въ подобномъ случаѣ для защиты интересовъ совладѣльцевъ *Лабеонъ* и *Требацій* рекомендуютъ имъ actio in factum, такъ какъ объ actio pro socio не могло быть и рѣчи по той простой причинѣ, что общая собственность основывалась не на договорѣ товарищества, а на communio incidens. Впрочемъ *Ульпіанъ* въ другомъ фрагментѣ—L. 2. §. 1. Dig. de religios. et sumpt. 11, 7—предоставляетъ потерпѣвшимъ actio familiae erciscundae vel communi dividundo, чтобы получить вознагражденіе отъ совладѣльца, самовольно похоронившаго мертвое тѣло на общемъ участкѣ; но врядъ ли нашъ юристъ имѣлъ при этомъ въ виду дѣйствительный раздѣлъ общей земли, скорѣе можно полагать, ему здѣсь представлялись обязательственныя функціи рекомендованныхъ имъ исковъ—personales praestationes.



какъ послѣ этого она можетъ быть только мѣстомъ погребенія. Въ такомъ мѣстѣ другой товарищъ не нуждается, а вырытіе мертваго тѣла воспрещено подъ страхомъ actio sepulchri violati [1]). Въ силу такихъ соображеній настоящій раздѣлъ общаго участка въ данномъ случаѣ, при помощи actio communi dividundo, весьма невыгоденъ и для товарища предпочтительнѣе actio pro socio, такъ какъ только при ея посредствѣ онъ можетъ получить вознагражденіе, пропорціональное его долѣ въ общемъ имуществѣ.

Несомнѣнно, впрочемъ, что въ большинствѣ случаевъ socii unius rei замѣняли actio pro socio искомъ communi dividundo, какъ болѣе удобнымъ, а вслѣдствіе того и значеніе всей societas unius rei должно было сильно измѣниться. Уже то обстоятельство, что socii unius rei, когда прекращались ихъ взаимныя отношенія, легко могли обойтись безъ actio pro socio, довольно рѣзко отличало ихъ положеніе отъ того, которое занимали участники въ товариществахъ другого рода. Такимъ образомъ societas unius rei, по крайней мѣрѣ въ судебной практикѣ, какъ бы сама собою выдѣлялась изъ остальныхъ типовъ нашего института и стала впослѣдствіи разсматриваться какъ communio, въ основаніи которой лежалъ договоръ—contractus societatis [2]). Поэтому то мы и не можемъ считать простою случайностью, что источники весьма рѣдко упоминаютъ о societas unius rei. Такъ напр., *Гай* и *Юстиніанъ*, перечисляя различные виды товарищества, не считали нужнымъ упоминать о societas unius rei, ограничиваясь только societas omnium bonorum, societas unius negotii [3]) и negotiationis, которыя представлялись имъ *главными типами*.

§ 3. Мы видѣли, что societas unius rei, какъ особый видъ товарищества, отступала на задній планъ; но тѣмъ не менѣе она составляла весьма важное звено въ дальнѣйшемъ развитіи нашего института,

---

[1]) L. 11. Dig. de sepulchro violato. 47, 12.

[2]) L. 2. pr. Dig. com. div. 10, 3. *Пернисъ* называетъ societas unius rei „eine vertragsmässige communio“ Labeo, Томъ I, стр. 418.

[3]) Ср. Gai Institutiones III, §. 148. и pr. Inst. de societate. 3, 25. Этимъ мы еще не утверждаемъ, чтобы societas unius rei, какъ особый видъ товарищества, исчезла окончательно. Такому положенію противорѣчило бы уже то обстоятельство, что послѣ *Гая Ульпіанъ* приводитъ ее въ перечнѣ всѣхъ отдѣльныхъ типовъ societas: L. 5. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum: „Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis sive vectigalis sive etiam rei unius“. Ср. также L. 63. pr. Dig. eod tit.



такъ какъ она заключала въ себѣ всѣ задатки раскрытія contractus societatis въ болѣе свободномъ смыслѣ. Возникнувъ изъ скромнаго зародыша societas unius negotii, societas unius rei въ свою очередь послужила основаніемъ для новыхъ болѣе сложныхъ явленій въ области права товарищества. Въ силу своихъ особенностей она создавала цѣлый кругъ своеобразныхъ правоотношеній и экономическихъ осложненій. Напримѣръ, участокъ земли, составлявшій общую собственность товарищей, обрабатывался и улучшался ихъ общими силами; на ихъ общій счетъ велась и торговля продуктами этой земли. Другой примѣръ: корабль составляетъ общую собственность товарищей. Какое разнообразіе всевозможныхъ спекуляцій на общій рискъ, на общій страхъ? Покупаютъ товары и перевозятъ ихъ съ мѣста на мѣсто, перевозятъ чужіе товары, перевозятъ пассажировъ—совершается, такимъ образомъ, длинный рядъ сдѣлокъ и оборотовъ. Словомъ, общее владѣніе вещью неизбѣжно вызываетъ ея эксплоатацію въ общемъ интересѣ. Societas unius rei является какъ бы центромъ, къ которому тяготѣетъ кругъ различныхъ предпріятій товарищества. Такимъ образомъ, при посредствѣ societas unius rei мало по малу совершается превращеніе societas unius negotii въ широкій торгово-промышленный институтъ—societas unius negotiationis.

Къ какому виду въ частности должно относиться товарищество—рѣшаютъ контрагенты при самомъ заключеніи contractus societatis, и, смотря по обстоятельствамъ дѣла, они могутъ преслѣдовать то болѣе узкія, то болѣе широкія цѣли, опредѣляя тѣмъ и самый видъ товарищества.

L. 58. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum:---cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim *habendae quadrigae, sed vendendae* coitam societatem. Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie ad hoc socii sumus“.

Въ приведенномъ фрагментѣ особый интересъ представляютъ побужденія, руководящія контрагентами при заключеніи договора: если мы, товарищи, подберемъ четверку лошадей съ единственной цѣлью,

ее потомъ продать ради нашей общей выгоды, то подобная „societas vendendae quadrigae“ будетъ имѣть значеніе societas unius negotii. Другое дѣло, если изъ принадлежащихъ намъ лошадей мы подберемъ четверку для своего собственнаго употребленія. Въ такомъ случаѣ не можетъ быть и рѣчи о societas unius negotii: такая „societas habendae quadrigae“ представляетъ другой типъ товарищества—societas unius rei, или съ извѣстной точки зрѣнія communio. Наконецъ, товарищи могутъ подобрать четверку лошадей и съ другими цѣлями, чтобы всячески промышлять ими: пускать ихъ на бѣга или скачки, заниматься извозомъ и т. п. Въ этомъ случаѣ экономическое значеніе товарищества неизбѣжно расширяется; первоначальный преходящій характеръ contractus societatis видоизмѣняется въ болѣе постоянный, товарищи при самомъ *заключеніи* союза разсчитываютъ на его болѣе продолжительное существованіе. Подобная societas unius negotiationis приближается уже къ современному типу торговаго товарищества.

Такое стремленіе расширить самое понятіе societas, зародившееся въ періодъ республиканскій, дѣлается особенно замѣтнымъ, если только мы сопоставимъ взгляды юристовъ-классиковъ на отдѣльные виды товарищества съ тѣми, которые встрѣчаются у *Юстиніана.*

Въ своихъ институціяхъ *Гай* различаетъ два главныхъ типа товарищества: *societas totorum bonorum* et *unius negotii.*

> Institutiones III, §. 148: „Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicujus negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum.

Эта самая классификація перешла и въ институціи *Юстиніана,* почти съ буквальною точностью воспроизводящія текстъ *Гая:*

> pr. Inst. de societate. 3, 25: „Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei vini frumenti emendi vendendique“.

„Мы заключаемъ товарищество, или въ видѣ societas totorum bonorum, которую греки называютъ ,κοινοπραξία‘, или же въ видѣ societas unius negotiationis, напр., для торговли рабами, масломъ, виномъ, зерномъ“.

На первый взглядъ эти слова *Юстиніана* могли бы показаться простымъ сколкомъ вышеприведеннаго отрывка *Гая,* но отъ внимательнаго читателя не ускользнутъ нѣкоторыя, и при томъ весьма су-

щественныя, различія между обоими текстами. Въ самомъ дѣлѣ: *Гай* говоритъ о societas totorum bonorum et unius alicujus negotii, тогда какъ *Юстиніанъ* упоминаетъ о societas totorum bonorum et societas unius alicujus negotiationis. Между этими же двумя терминами, какъ между двумя полюсами, лежитъ цѣлый длинный періодъ исторіи римскаго товарищества. Въ словахъ *Гая* еще слышатся старыя понятія о преходящемъ, ограниченномъ характерѣ товарищескаго договора, направленнаго на какую нибудь одну, точно опредѣленную сдѣлку—unum negotium,—*Юстиніанъ* же имѣетъ въ виду цѣлый промыслъ, широкое промышленное предпріятіе—una negotiatio. Еще ясвѣе становится существенное различіе между обоими терминами, если обратить вниманіе на примѣры, приводимые *Гаемъ* и *Юстиніаномъ* для разъясненія цѣлей societas unius negotii и negotiationis. *Гай* указываетъ на „mancipia emenda aut vendenda", очевидно различая *двѣ точно разграниченныя сдѣлки*, изъ которыхъ та *или* другая составляетъ *negotium* товарищества. *Юстиніанъ*, напротивъ, говоритъ о „mancipia emenda vendendaque", какъ объ *одномъ болѣе широкомъ торговомъ предпріятіи*, сложившемся изъ цѣлаго ряда отдѣльныхъ сдѣлокъ. Если составители институцій, повторяя почти буквально текстъ *Гая*, допустили въ частности подобныя измѣненія, они должны были имѣть, на это вѣскія основанія. Стремленіе расширить самое понятіе contractus societatis, не впервые, конечно, проявляется въ законодательствѣ *Юстиніана*: началось оно гораздо раньше [1]). По мѣрѣ того, какъ Римъ изъ небольшаго земледѣльческаго поселка перерождался въ міровой торговый центръ, скромная societas unius negotii скудныхъ наличными деньгами обывателей уступала первое мѣсто торгово-промышленнымъ товариществамъ—societates unius negotiationis. Эти послѣднія ассоціаціи преслѣдовали самыя разнообразныя цѣли. Источники упоминаютъ о широкихъ оборотахъ societates venaliciariorum, которыя торговали невольниками [2]), скупая свой живой товаръ повсюду и находя выгодный сбытъ у крупныхъ землевладѣльцевъ и въ роскошныхъ домахъ бога-

---

[1]) Societas unius negotiationis приводитъ въ своемъ перечнѣ различныхъ типовъ товарищества уже *Ульпіанъ* L. 5. Dig. pro socio. 17, 2. cit. выше на стр. 79, прим. 3.

[2]) См. L. 44 §. 1. Dig. de aedilicio edicto. 21. 1.—О товариществѣ, цѣль котораго состояла въ томъ, чтобы промышлять гладіаторами, упоминаютъ tessera gladiatoria cp. Corp. Inscr. Lat. Vol. I. n. 755. и толкованіе объ этомъ Henzen'a въ Bulletino dell' instituto di correspondenza archeologica per l'anno 1865. pag. 105.

тыхъ гражданъ. Не меньшую роль играли и товарищества банкировъ —argentarii [1]), содержателей торговыхъ суденъ—exercitores [2]) и т. п. Эти то обширныя предпріятія вліятельныхъ капиталистовъ имѣли преобладающее значеніе въ дальнѣйшемъ развитіи contractus societatis. Интересы торговаго оборота стали служить сильнымъ импульсомъ для законодательства въ области нашего института. Мы смѣло можемъ назвать societas unius negotiationis, по крайней мѣрѣ въ позднѣйшій періодъ развитія, *главнымъ* и *типическимъ видомъ* римскаго товарищества.

§ 4. Въ связи съ contractus societatis, источники упоминаютъ о такъ назыв. societas omnium, quae ex quaestu veniunt. Что же означаетъ такая societas quaestus?

Современные пандектисты, повидимому, того мнѣнія, что подъ ней надо подразумѣвать *особый типъ* товарищества, обнимающаго *всю* промышленную дѣятельность участниковъ, во всей ея совокупности. Такого взгляда, въ особенности, придерживается *Дернбургъ* [3]). Намъ кажется, однакожъ, что это происходитъ отъ неправильнаго толкованія источниковъ. Мы вообще не считаемъ термина societas quaestus техническимъ, такъ какъ римскіе юристы, перечисляя всѣ отдѣльные виды товарищества, нигдѣ о немъ, какъ объ особомъ типѣ, не упоминаютъ. На societas universorum quae ex quaestu veniunt указываетъ *Ульпіанъ*:

> L. 7. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum: „Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit“.

Если contractus societatis былъ заключенъ безъ точнаго обозначенія его объема и характера, то такой договоръ еще не долженъ считаться недѣйствительнымъ: надо только опредѣлить, какое именно значеніе стороны придавали своему соглашенію. Весьма трудно предположить, чтобы намѣреніе контрагентовъ состояло въ заключеніи societas omnium bonorum, въ виду тѣхъ обширныхъ послѣдствій, которыя договоръ такого рода могъ бы имѣть для *всѣхъ* ихъ имуще-

[1]) L. 25. L. 27, pr. Dig. de pactis. 2. 14 L. 52. §. 5. Dig. pro socio. 17, 1.

[2]) L. 1. §. 2, 5. L. 2. 3. 4. pr. §§. 1. 2. Dig. de exercitoria actione. 14. 1.

[3]) Pandecten. Такъ II, §. 124.

ственныхъ интересовъ. Societates unius negotii vel rei немыслимы безъ предварительнаго и при томъ безъ точнаго обозначенія ихъ предмета. Остается одно: считать подобное товарищество, съ неопредѣленнымъ характеромъ, за societas negotiationis. Но здѣсь новое затрудненіе: какой же объемъ должна имѣть такая negotiatio? Вѣдь каждый товарищъ могъ заниматься *нѣсколькими* промыслами, *нѣсколькими* предпріятіями. При затруднительности разрѣшить поставленный вопросъ, можно только предположить, что товарищи имѣли въ виду распространить дѣйствіе договора на всѣ свои промыслы и предпріятія—на все то, что̀ могло быть пріобрѣтено ихъ предпріимчивостью и трудомъ:

L. 8. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro sexto ad Sabinum: „Quaestus enim intellegitur, qui ex opera cujus descendit".

Societas eorum quae ex quaestu veniunt еще не означаетъ особаго типа товарищества: смыслъ этихъ словъ — указать лишь тѣ крайніе предѣлы, до которыхъ можетъ дойти societas negotiationis, заключенная безъ точнаго обозначенія своего объема. Трудовое начало, свойственное quaestus, проводится строго; поэтому то изъ послѣдняго и исключаются всѣ прибыли, добытыя товарищами инымъ, *безвозмезднымъ* путемъ: наслѣдство, предсмертный отказъ, и дареніе въ пользу одного изъ участниковъ не касаются цѣлаго союза:

L. 13. Did. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigesimo secundo ad edictum: „Sed et si adiciatur, ut et quaestus et lucri socii sint, verum est non ad aliud lucrum, quam quod ex quaestu venit, hanc quoque adjectionem pertinere. L. 9. Dig. eod. tit. Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum: „Nec adjecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa, sive non mortis causa"…. ср. L. 11. Dig. eod. tit.

Вполнѣ было послѣдовательно, что долгами такого товарищества признавались лишь тѣ, которые были сдѣланы его членами при занятіи какимъ либо промысломъ:

L. 12. Dig. eod. tit. Paulus libro sexto ad Sabinum: „Sed nec aes alienum, nisi quod ex quaestu pendebit, veniet in rationem societatis".

§ 5. Прослѣдивъ развитіе contractus societatis во всѣхъ его отдѣльныхъ стадіяхъ, мы могли убѣдиться въ томъ, что по римскимъ источникамъ происхожденіе торгово-промышленнаго товарищества пред-

ставляетъ діаметральную противоположность societas omnium bonorum. Первоначальный типъ товарищескаго договора—societas unius negotii—имѣетъ ограниченный, преходящій характеръ. Связь между товарищами становится тѣснѣе и продолжительнѣе по мѣрѣ того, какъ расширяются ихъ товарищескія сдѣлки и обороты. Эта связь достигаетъ высшаго развитія въ societas negotiationis, а въ особенности въ societas omnium quae ex quaestu veniunt. Въ торгово-промышленномъ товариществѣ римскаго права нельзя видѣть осколка *societas omnium bonorum*, и его, поэтому, не слѣдуетъ разсматривать какъ *упрощенную форму* послѣдней.—Она, напротивъ, представляетъ собою *осложненную форму societas unius negotii*. Согласно съ этимъ, и семейный элементъ—основа societas omnium bonorum—въ развитіи contractus societatis не играетъ рѣшительно никакой роли. Полное отсутствіе этого элемента въ римскомъ торговомъ товариществѣ замѣчается не только въ источникахъ, но и въ томъ вліяніи, которое римское право оказывало на торгово-промышленныя ассоціацій у другихъ народовъ, несомнѣнно вытекавшія изъ ихъ семейной жизни.

Подъ вліяніемъ обычнаго права германскихъ племенъ, во многихъ городахъ не только сѣверной Италіи, но и Испаніи, торгово-промышленныя товарищества сложились на почвѣ семейнаго общежитія. Эти товарищества не что иное, какъ особые виды общности имущества всего рода, столь свойственной древнегерманскому и древнеславянскому быту. Имѣя много общаго съ societas omnium bonorum между дѣтьми-сонаслѣдниками умершаго pater familias, они отличаются отъ сроднаго римскаго института всетаки тѣмъ, что въ нихъ *еще при жизни главы семейства* на общее имущество принадлежатъ равныя права всѣмъ участникамъ. Каждый товарищъ удовлетворяетъ свои потребности на счетъ этого же общаго имущества, присоединяя къ нему въ свою очередь все имъ добытое [1]).

Подъ вліяніемъ римскаго права, семейный характеръ этихъ товариществъ, основанныхъ на тѣсномъ единеніи всѣхъ имущественныхъ интересовъ, явно исчезаетъ. Благодаря такой романизаціи, семейныя товарищества распадаются, уступая мѣсто союзамъ, основаннымъ на contractus societatis. Эти новыя ассоціаціи уже не обнимаютъ всего

---

¹) *Weber*: „Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter". Стр. 45 и слѣд.



имущества участниковъ; онѣ представляютъ только societates unius negotiationis, преслѣдующія опредѣленныя торгово-промышленныя цѣли [1]). Если, поэтому, въ статутахъ отдѣльныхъ городовъ сѣверной Италіи или Испаніи и позже встрѣчаются нѣкоторыя указанія на товарищества семейнаго типа, [2]) то это скорѣе одни только воспоминанія о прежнихъ вытѣсненныхъ романизаціею порядкахъ; такія товарищества сохраняютъ свое семейное значеніе *помимо* римскаго права и даже въ *противорѣчіи* съ нимъ, но никакъ не благодаря его вліянію.

ГЛАВА ПЯТАЯ.

Юридическое значеніе societas vectigalium.

Источники и литература о societates vectigalium. Товарищества откупщиковъ римской казны—институты публичнаго права Они не находятся подъ непосредственнымъ вліяніемъ гражданскаго права. Разногласіе между Хейровскимъ и Пернисомъ о юридическомъ значеніи leges contractus. Leges contractus—договоры между представителями казны и публиканами—относятся къ jus publicum. Споры между казною и публиканами не подлежатъ рѣшенію гражданскаго суда. Роль сената въ этихъ процессахъ. Привилегіи публикановъ: законная монополія взиманія всѣхъ пошлинъ, legis actio per pignoris capionem, interdictum ut in flumine publico navigari liceat utile. Hypotheca legalis generalis казны на все имущество публикановъ. Освобожденіе публикановъ отъ опекунства и отъ munera municipalia. Можно ли въ этомъ усматривать льготу? Товарищества публикановъ—юридическія лица. Первоначальныя цѣли юридическихъ лицъ по римскимъ источникамъ. Societates vectigalium и частноправныя товарищества въ дигестахъ. Sub hasta являются одни только римскіе граждане. Publicani не образуютъ сословія. Publicani и ordo equester. Publicani въ общественномъ мнѣніи. Ихъ вліяніе на правительство республики. Ограниченіе правъ публикановъ во время принципата: lex Julia de vi publica, эдиктъ Нерона, L. 9. §. 5. Dig. 39, 4, законъ Марка Антонина Философа. Edictum de vi publicanorum. Его содержаніе и время обнародованія. Его направленіе и отношеніе къ другимъ эдиктамъ Edictum de familia publicanorum. Сліяніе этого эдикта съ эдиктомъ de vi publicanorum.

§ 1. Особый и при томъ своеобразный видъ римскаго товарищества, такъ назыв. societas publicanorum или vectigalium, заслуживаетъ отдѣльнаго изслѣдованія. Этотъ видъ, какъ и societas omnium bonorum, представляетъ собою вполнѣ самостоятельный типъ товарищества, соприкасающійся съ обыкновеннымъ contractus societatis только нѣкоторыми,

---

[1]) *Weber*: loc. cit. стр. 68 и слѣд. 80 и слѣд.

[2]) *Lastig:* loc. cit. стр. 437 и слѣд. *Weber:* loc. cit. стр. 69 и слѣд.



скорѣе внѣшними признаками, но рѣзко отличающійся отъ послѣдняго какъ по своему первоначальному происхожденію, такъ и по своей юридической конструкціи.

Источники, относящіеся къ данному вопросу, не отличаются особымъ изобиліемъ. Отчасти это и понятно. Гражданское законодательство и цивилистика не имѣли, какъ мы потомъ увидимъ, основанія заниматься опредѣленіемъ и изученіемъ этого товарищескаго союза; сообщенія же древнихъ литературныхъ памятниковъ, поскольку они касаются societas vectigalium, имѣютъ большею частью случайный характеръ. Но за то тѣ же немногочисленные матеріалы разрабатывались современною наукою неоднократно и, надо сказать, довольно обстоятельно.

Особое вниманіе обращаютъ на себя труды *Сальковскаго* [1]). Разсматривая почти всѣ стороны societas publicanorum, авторъ болѣе или менѣе подробно выясняетъ намъ то значеніе, которое этотъ своеобразный институтъ имѣлъ въ римскомъ обществѣ и государствѣ. Тѣмъ не менѣе и сочиненія *Сальковскаго*, при всѣхъ своихъ достоинствахъ, страдаютъ, какъ и другія изслѣдованія подобнаго же рода, однимъ, и при томъ существеннымъ, недостаткомъ. Авторъ не оттѣняетъ съ надлежащею опредѣленностью той коренной разницы, которая существовала между обыкновеннымъ contractus societatis римскаго гражданскаго права и societas vectigalium, какъ института публичнаго права. И это произошло отъ того, что *Сальковскій*, подобно многимъ другимъ, не отдавая себѣ яснаго отчета въ своеобразномъ юридическомъ характерѣ этого товарищества, не отыскивалъ его самостоятельныхъ зародышей [2]).

---

[1]) *Salkowski*: „Quaestiones de jure societatis praecipue publicanorum". см. также сочиненіе того же автора: „Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen". Leipzig 1863, стр. 29 и слѣд.

[2]) Изъ старыхъ сочиненій можно привести слѣдующія: *Everardi Ottonis:* „De tutela viarum publicarum". Trajecti ad Rhenum 1731, pag. 511 seqq. *Petri Burmanni:* „Vectigalia populi romani". Leidae 1734, pag. 94 seqq. *Claudius Salmasius:* „Dissertatio de foenore trapezitico". Lugduni Batavorum 1640, pag. 533 seqq. Этотъ послѣдній авторъ, стараясь опредѣлить значеніе публикановъ, склоненъ считать ихъ государственными должностными лицами. Конечно, таковыми откупщики никогда не были. Впрочемъ для публичнаго характера ихъ правоотношеній къ казнѣ этотъ вопросъ не имѣетъ непосредственнаго значенія. На той же точкѣ зрѣнія стоитъ и *Roesler*: loc. cit. Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Томъ IV, стр. 284 и слѣд.



Societates publicanorum, или товарищескіе союзы откупщиковъ римской казны, не находились подъ непосредственнымъ вліяніемъ гражданскаго права. Въ этомъ заключается ихъ основная черта. Съ самаго начала они не имѣли частноправнаго значенія, такъ какъ возникли исключительно для цѣлей общественныхъ и государственныхъ. Только ради такихъ цѣлей они и существовали. Всѣ писатели согласны въ томъ, что римское правительство всегда было сильно заинтересовано процвѣтаніемъ и развитіемъ подобныхъ союзовъ. Но этого мало. Можно еще прибавить, что римляне никогда не знали другого финансоваго управленія, какъ только систему откуповъ и подрядовъ. Всѣ сдѣлки, заключенныя въ этой области правительственными властями, не имѣли характера частноправнаго; онѣ были самою употребительною финансовою мѣрою и составляли, поэтому, весьма существенный предметъ государственной администраціи. Многочисленныя и разнообразныя обязанности, для исполненія которыхъ современныя государства содержатъ цѣлыя арміи должностныхъ лицъ, возлагались въ Римѣ на публикановъ. Сдѣлки, заключенныя цензорами и другими республиканскими магистратами съ откупщиками, такъ назыв. leges contractus, входили въ область государственнаго т. е. публичнаго права.

Вопросъ о значеніи этихъ leges contractus въ новѣйшей литературѣ представляется спорнымъ.

Нѣкоторые авторы[1]) приписываютъ имъ силу равную силѣ закона. Они называютъ leges contractus опредѣленіями объективнаго права, постановленіями магистратовъ, имѣющими много общаго съ преторскими эдиктами. Хотя по этой теоріи leges contractus не были основаны на рѣшеніи народнаго собранія, но они истекали изъ полномочій магистратовъ и сената, надѣленныхъ въ извѣстныхъ предѣлахъ законодательною властью и считались, такимъ образомъ, косвеннымъ выраженіемъ народной воли.

Противъ такого взгляда рѣшительно возстаетъ *Пернисъ*[2]):

---

[1]) *Heyrovsky:* „Ueber die rechtliche Grundlage der leges contractus bei Rechtsgeschäften zwischen dem römischen Staat und Privaten". Leipzig 1881, въ особенности стр. 81 и слѣд. Къ нему присоединился *Karlova:* „Römische Rechtsgeschichte". Leipzig 1885, стр. 245, примѣч. 1.

[2]) „Parerga" въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte, romanist. Abtheilung. Томъ V. стр. 111 и слѣд.



сдѣлки между магистратами и публиканами, и по его мнѣнію, основаны на публичномъ правѣ—jus publicum, но ихъ нельзя называть положеніями объективнаго права; напротивъ, это *договоры* государственные (Staatsverträge), подобные *договорамъ* гражданскаго и международнаго права[1]). Значитъ, нѣтъ никакой надобности признавать за цензорами и другими магистратами законодательную власть, хотя бы и производную. Римскіе магистраты законодателями никогда не бывали, и въ leges contractus ихъ роль весьма понятна: они являлись какъ бы представителями настоящаго контрагента—казны[2]), имѣя то-же значеніе, какое въ societas vectigalium потомъ принадлежало такъ называемому manceps'у, а въ universitates—actor'у или syndicus'у.

По формѣ заключенія leges contractus напоминали договоры гражданскаго права, и *Бехманъ*[3]) высказываетъ весьма правдоподобное положеніе, что locationes censorum служили даже образцомъ для параллельнаго развитія locatio conductio въ гражданскомъ законѣ. Одна терминологія: emere, conducere, locare—предполагаетъ обоюдное дѣйствіе двухъ сторонъ, участвующихъ въ договорномъ соглашеніи. „Locare" магистрата соотвѣтствуетъ „conducere" публикана[4]). Обстоятельство это уже не позволяетъ намъ говорить здѣсь о самоличныхъ приказахъ магистратовъ. Цензоръ, какъ locator, составляетъ предварительно всѣ условія договора, объявляетъ ихъ публично, а публиканы подымаютъ въ знакъ своего согласія руку—digitum tollunt[5]). Такимъ образомъ, нерѣдко бывало, что предложенія магистратовъ принимались безо всякихъ измѣненій, и locatio получала дѣйстви-

---

[1]) *Pernice:* loc. cit. стр. 115.

[2]) *Pernice*: loc. cit. стр. 111, 119 и слѣд. Непосредственное представительство, не имѣвшее никакого значенія и распространенія въ области гражданскаго права, нашло себѣ широкое примѣненіе въ сферѣ публичнаго права.

[3]) *Bechmann*: „Der Kauf nach gemeinem Recht." Erlangen 1876. Томъ I, стр. 265, 266.

[4]) Censores „locant" говорятъ источники: T. Livii ab urbe cond. lib. XXII, cap. 48 lib. XXXIX, cap. 44. Cicero: de lege agraria lib. I, cap. 3, lib. II, cap. 21 и др. Publicani, mancipes, ‚conducunt", „redimunt" cp. L. 1. §. 1. L. 12. §. 3. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Asconius in Cic. Divinat. §. 33. L. 1. §. 7. Dig. ut in flum. publ. 43, 14. L. 3. §. 1. Dig. de administr. rer. 50, 8. L. 6. §. 10. Dig. de jure immunit. 50, 6. L. 16. Dig. de verb. signific. 50, 16. Festus: de verborum significatione, verb. manceps.

[5]) Festus: ibid. verb. manceps. Cicero: in Verrem act. II, lib. III, cap. 11.

тельно такой видъ, какъ будто бы полновластно распоряжался представитель народа. Хотя и во всякаго рода другихъ соглашеніяхъ дѣло обходится часто безъ торга, но изъ этого еще не слѣдуетъ, чтобы тѣ условія, которыя ставитъ одна сторона были обязательны для другой. Впрочемъ предложенія магистратовъ не всегда проходили такъ гладко: leges contractus могли подвергаться измѣненіямъ со стороны публикановъ и по ихъ иниціативѣ. Все рѣшительно зависѣло отъ того, кто изъ контрагентовъ, казна или публиканы, находился въ болѣе обезпеченномъ и независимомъ положеніи, и кто болѣе нуждался въ услугахъ другого. Въ періодъ высшаго могущества римской республики, когда казна всегда обладала богатыми матеріальными средствами, и сильная конкурренція капиталистовъ давала ей возможность широкаго выбора между ними, добросовѣстный магистратъ легко могъ соблюдать интересы казны, предлагая публиканамъ любыя условія. Извѣстно, напр., что договоры, заключенные sub hasta при Катонѣ, отличались весьма обременительнымъ для подрядчиковъ и откупщиковъ характеромъ [1]). Но бывали и такія времена, когда перевѣсъ несомнѣнно находился на сторонѣ публикановъ, и правительство старалось угодить откупщикамъ, тщательно поддерживая хорошія отношенія съ ними, когда по словамъ *Ливія* „patres ordinem publicanorum offensum nolebant“ [2]).

Особенно характеренъ въ этомъ направленіи слѣдующій случай. Послѣ роковаго пораженія при Каннахъ денежныя средства республики истощились окончательно. Сенатъ, желая вести наступательныя дѣйствія противъ непріятеля въ Испаніи энергичнѣе, рѣшилъ отправить туда значительныя подкрѣпленія. Для снабженія испанскаго отряда одеждою и всѣми необходимыми припасами устроены были въ Римѣ торги, которые вслѣдствіе отсутствія въ казнѣ наличныхъ денегъ отличались на этотъ разъ особымъ содержаніемъ. Publicani доставляютъ войску все требуемое въ долгосрочный кредитъ, выговаривая себѣ вмѣстѣ съ тѣмъ два льготныхъ условія: вопервыхъ, чтобы всѣ припасы были доставлены въ Испанію на рискъ и страхъ казны, а вовторыхъ, чтобы всѣ девятнадцать членовъ товариществъ, заключавшихъ договоръ съ правительствомъ, были освобождены на время похода отъ воинской повинности. Сенатъ согласился на оба требова-

[1]) T. Livii ab urbe condita lib. XXXIX, cap. 44.

[2]) T. Livius loc. cit. lib. XXV, cap 3.



нія [1]). Въ этомъ ясно и рельефно выражается договорное начало leges contractus. Можно было бы пожалуй указать на то, что освобожденіе отъ воинской повинности имѣло значеніе особой милости, оказанной публиканамъ за какой нибудь патріотическій поступокъ, но такое предположеніе не оправдывается ничѣмъ. Льгота возникаетъ вслѣдствіе непосредственнаго требованія контрагентовъ и оговаривается какъ особый пунктъ. Такимъ образомъ, какъ мы видимъ, въ leges contractus положеніе контрагентовъ и ихъ взаимныя отношенія опредѣлялись ничѣмъ инымъ, какъ общеэкономическимъ закономъ предложенія и спроса [2]).

Соглашенія, заключенныя sub hasta, какъ было уже сказано, не имѣли частноправнаго характера. Они относились къ jus publicum и пораждали отношенія до извѣстной степени похожія на наши правительственныя концессіи, которыя также не могутъ разсматриваться, какъ договоры гражданскаго права. Поэтому-то и понятно, что споры, возникшіе между казною и публиканами, не подлежали рѣшенію гражданскаго суда, а разбирались всегда предъ административными властями, при чемъ высшею инстанціею считался сенатъ въ Римѣ [3]).

---

[1]) T. Livius: loc. cit. lib. XXIII, cap. 48. 49. Условіе доставки припасовъ на рискъ и страхъ казны ставится публиканами нерѣдко. Ср. T. Livius: loc. cit. lib. XXV, cap. 3.

[2]) Можно даже допустить, что со временемъ, вслѣдствіе частаго повторенія вырабатывались точно опредѣленные формуляры договоровъ съ публиканами; эти формуляры и представлялись цензорами и принимались на торгахъ безъ измѣненій. Таково, напр., мнѣніе *Моммсена*: „Römisches Staatsrecht". Томъ II, стр. 425, прим. 2. Но *всегда* допускались и *часто* встрѣчались различныя исправленія — correctiones — и прибавленія—additamenta—ср. Cicero: in Verrem act. II, lib. I, cap. 55: „Cajus Verres praetor urbanus *addidit. Corriguntur* leges censoriae. Quid enim? video *in multis veteribus legibus:* Cn. Domitius L. Metellus censores *addiderunt.* L. Cassius, Cn. Servilius censores *addiderunt*...

[3]) О той же власти сената свидѣтельствуетъ *Титъ Ливій*: ab. urbe condita lib. XXXIX, cap. 44: „Et vectigalia summis pretiis, ultro tributa infimis locaverunt (sc. censores M. Porcius Cato et L. Valerius). Quas locationes quum *senatus,* precibus et lacrimis publicanorum victus, induci et de integro locari jussisset; censores, edicto summotis ab hasta, qui ludificati priorem locationem erant, omnia eadem paullum imminutis pretiis locaverunt. Цензоры, строго соблюдая интересы казны, раздавали всѣ откупы и подряды на крайне невыгодныхъ для публикановъ условіяхъ. Не смотря на то, что эти договоры были заключены уже въ окончательной формѣ, слезныя жалобы откупщиковъ всетаки привели къ тому, что сенатъ отмѣнилъ всѣ прежнія соглашенія и предписалъ назначеніе новыхъ торговъ по тѣмъ же дѣламъ. Конечно, цензоры не могли сочувствовать такому постановленію сената, но тѣмъ не менѣе должны были подчиняться. Однако же, благодаря вліянію неумолимо строгаго Катона, всѣ контрагенты на прежнихъ упраздненныхъ торгахъ были особымъ эдиктомъ устранены отъ участія въ новыхъ, за то, что по ихъ ходатайству первоначальная locatio была превращена въ шутку—qui ludificati priorem locationem erant.

Πολυβίου. Ἱστοριῶν Z (VI). 17: Ἔχει δὲ περὶ πάντων τῶν προειρημένων τὴν κυρίαν τὸ συνέδριον· καὶ γὰρ χρόνον δοῦναι καὶ συμπτώματος γενομένου κουφίσαι καὶ τὸ παράπαν ἀδυνάτου τινὸς συμβάντος ἀπολῦσαι τῆς ἐργωνίας.

Сенату принадлежалъ высшій контроль—ἡ κυρία—надъ всѣми отношеніями между казною и публиканами. Сенатъ принималъ жалобы на магистратовъ республики за несоблюденіе договоровъ; сенатъ же въ случаѣ необходимости давалъ поставщикамъ отсрочки—χρόνον δοῦναι—смягчалъ или отмѣнялъ тяжелыя для контрагентовъ условія и даже окончательно освобождалъ публикановъ отъ принятыхъ ими на себя обязательствъ, если только ихъ исполненіе встрѣчало непреодолимыя препятствія—ἀδυνάτου τινὸς συμβάντος.

§ 2. Publicani являлись важнымъ звеномъ въ административномъ организмѣ страны. Исполняя роль посредниковъ между центральнымъ финансовымъ управленіемъ и подданными государства, они занимали, можно сказать, полуоффиціальное положеніе. Въ силу такого положенія имъ принадлежали привилегіи, не составлявшія, конечно, условій отдѣльныхъ leges contractus, но объяснявшіяся именно тѣмъ, что публиканы, отправляя государственныя функціи, въ извѣстныхъ отношеніяхъ замѣняли органы самого правительства.

Прежде всего имъ обезпечивались ихъ исключительныя права: redemptores vectigalium пользовались законною монополіею взиманія всѣхъ установленныхъ правительствомъ пошлинъ. Казна обязывалась устранять всѣ противозаконныя препятствія и всякую противозаконную конкурренцію[1]). Ту же цѣль преслѣдуютъ и всѣ постановленія de commissis, на основаніи которыхъ публиканъ пріобрѣталъ непосредственно право собственности на всякую контрабанду. Конечно, имъ принадлежало и тѣсно связанное съ commissum право обыска. Другая важная льгота заключалась въ томъ, что во время господства legis actiones публиканы осуществляли свои требованія къ отдѣльнымъ плательщикамъ податей путемъ сокращеннаго процесса per pignoris capionem. Это льготное исполнительное производство имѣло мѣсто исключительно при взысканіяхъ по требованіямъ, основаннымъ на сакральномъ и публичномъ правѣ. Цензоры, которымъ pignoris

[1]) L. 15. L. 16. §. 11. Dig. de publicanis et vectigalibus et commissis. 39, 4.



саріо принадлежала искони въ силу ихъ должности, передавали это право путемъ особаго порученія—lege censoria—публиканамъ, какъ своимъ полуоффиціальнымъ представителямъ [1]).

Въ пользу публикановъ существовала еще одна процессуальная привилегія, имѣвшая болѣе спеціальное значеніе. Откупщики, получившіе исключительное право рыболовства въ общественныхъ озерахъ и прудахъ, могли устранять всякое вмѣшательство посторонних лицъ черезъ interdictum utile, ut in flumine publico navigari liceat:

---

[1]) Ср. Gai Institutiones IV, §. 28: „Item lege censoria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos qui aliqua lege vectigalia deberent“.

[2]) *Karlowa*—„Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen“. Berlin 1872, стр. 213 и слѣд.—считаетъ lex censoria закономъ, изданнымъ народнымъ собраніемъ („ein Volksbeschluss, welcher lex censoria genannt wurde“). Такой взглядъ вполнѣ соотвѣтствуетъ уже извѣстному намъ желанію автора доказать, что и leges contractus были нормами объективнаго права, но ни съ тѣмъ ни съ другимъ согласиться нельзя. Leges censoriae называются прежде всего тѣ leges contractus, которыя заключались у цензоровъ sub hasta—Cicero: de provinciis consularibus oratio cap. 5, in Verrem act. II, lib. I, cap. 55; у *Гая* эти слова означаютъ ничто иное, какъ распоряженіе цензоровъ въ сферѣ ихъ власти. Надо сверхъ того помнить, что законы (постановленія народныхъ комицій и впослѣдствіи сената) носятъ свои названія или по имени лица, внесшаго проектъ, или по содержанію самого закона, или наконецъ, весьма рѣдко, по имени лица, поступокъ котораго подавалъ поводъ къ обнародованію закона, какъ напр., Sclt. Macedonianum. Но не бывало случая, чтобы въ заглавіи какого либо закона помѣщалось только указаніе на титулъ магистрата. Въ томъ же мѣстѣ *Karlowa* высказываетъ предположеніе, будто благодаря lex Aebutia и введенію процесса per formulas публиканы лишились legis actio per pignoris capionem. Этому, какъ сознаетъ и самъ авторъ, противорѣчатъ слова *Цицерона*: in Verrem act. II, lib. III, cap. 11. „Cum omnibus in aliis vectigalibus Asiae, Macedoniae, Hispaniae, Galliae, Africae, Sardiniae, ipsius Italiae, quae vectigalia sunt, cum in his, inquam, rebus omnibus publicanus petitor aut *pignerator*, non ereptor neque possessor soleat esse“. Такъ какъ lex Aebutia была издана гораздо раньше *Цицерона*, то онъ не могъ бы называть публикана pignerator'омъ, если бъ этотъ законъ уничтожилъ *всѣ* слѣды legis actiones. Для разъясненія такого противорѣчія *Karlowa* къ одному недоказанному положенію присоединяетъ еще другое: будто бы, не смотря на упраздненіе процесса per legis actiones по lex Aebutia, въ нѣкоторыхъ частяхъ государства сохранилась pignoris capio откупщиковъ, благодаря исключительнымъ льготнымъ законамъ. Самое основаніе этой теоріи *Карловы* весьма шатко, ибо гдѣ же доказательства, что lex Aebutia окончательно отмѣнила старый процессъ per legis actiones? Напротивъ того, болѣе чѣмъ вѣроятно, что lex Aebutia такого отрицательнаго содержанія не имѣла. Подобное постановленіе противорѣчило бы консервативному духу римскихъ законодателей, которые обыкновенно сохраняли рядомъ съ новыми и старыя установленія, давая, такимъ образомъ, обществу возможность постепенно привыкнуть къ реформамъ въ правовой жизни. Наконецъ и слова *Гая*—Institutiones. IV, §. 30: „Itaque per legem Aebutiam et duas Julias sublatae sunt



L. 1. §. 7. Dig. ut in flumine publico navigare liceat. 43, 14. Ulpianus libro sexagensimo octavo ad edictum: „Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere Sabinus consentit: et ita Labeo. Ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri“.

Благодаря сокращенному производству интердикта, публиканъ въ случаѣ спора избавлялся отъ разбирательства дѣла по существу. Достаточно было, чтобъ онъ указалъ на свой договоръ съ казною или съ начальствомъ муниципія, дабы всякое нарушеніе status quo ante было устранено преторомъ въ административно-полицейскомъ порядкѣ.

Вслѣдствіе своего положенія, какъ посредниковъ между казною и плательщиками податей, publicani пользовались особыми льготами при взысканіи налоговъ—vectigal; но, въ силу полученной отъ правительства концессіи, они принимали на себя извѣстныя денежныя обязательства, заключающіяся въ исправномъ внесеніи откупныхъ суммъ. Эти требованіи казны обезпечивались законнымъ залоговымъ правомъ, возникающимъ безъ всякаго особаго соглашенія и простирающимся на все состояніе публикановъ въ видѣ такъ назыв. hypotheca legalis generalis. О залоговомъ правѣ казны по отношенію ко всѣмъ ея должникамъ говорится въ слѣдующей цитатѣ:

L. 2. Cod. in quibus causis 8, 14. Jmp. Antoninus A. Proculo: „Certum est ejus qui cum fisco contrahit bona veluti pignoris titulo obligari, *quamvis specialiter id non exprimitur* [1]).“

---

istae legis actiones“ — не допускаютъ выводовъ подобныхъ тѣмъ, которые дѣлаетъ *Karlowa*. Между lex Aebutia и leges judiciariae *Августа* (leges Juliae) лежитъ по меньшей мѣрѣ полтора столѣтія, въ теченіе котораго legis actiones несомнѣнно еще примѣнялись, ибо онѣ и послѣ leges Juliae не исчезаютъ окончательно, хотя, конечно, во все это время судопроизводство per formulas являлось для нихъ сильнымъ конкуррентомъ. Эпоха же *Цицерона* составляетъ часть того промежутка времени, который раздѣляетъ изданіе этихъ двухъ процессуальныхъ законовъ, слѣдовательно публиканы въ этотъ періодъ могли пользоваться pignoris capio на основаніи общаго положенія, не нуждаясь въ особыхъ привилегіяхъ мѣстнаго характера.

[1]) О договорахъ съ публиканами въ особенности говоритъ: L. 3. Cod. de privilegio fisci. 7, 73. Imp. Antoninus A. Julianae: „Si, cum pecuniam pro marito solveres, neque jus fisci in te transferri impetrasti neque pignoris causa domum vel aliud quid ab eo accipisti, habes personalem actionem nec potes praeferri fisci rationibus, a quo dicis ei vectigal denuo locatum esse, cum eo pacto universa, quae habet habuitque eo tempore, quo ad



Это привилегированное залоговое право казны вліяло еще въ другомъ смыслѣ на положеніе публикановъ: они не только пользовались правомъ отказаться отъ принятія на себя опекунства и общественныхъ должностей въ муниципіяхъ (munera municipalia), но, безъ разрѣшенія намѣстниковъ провинцій, они даже не должны были брать на себя такія обязанности.

L. 6. §. 10. Dig. de jure immunitatis 50, 6. Callistratus libro primo de cognitionibus: „Conductores etiam vectigalium fisci necessitate subeundorum municipalium munerum non obstringuntur: idque ita observandum divi fratres rescripserunt. Ex quo principali rescripto intelligi potest non honori conductorum datum, ne compellantur ad munera municipalia, sed ne extenuentur facultates eorum, quae subsignatae sint fisco. Unde subsisti potest, an prohibendi sint a praeside vel procuratore Caesaris etiam si ultro se offerant municipalibus muneribus: quod proprius est defendere, nisi si paria fisco fecisse dicantur [1]).

Въ этомъ предписаніи современные изслѣдователи видятъ новую привилегію публикановъ [2]).

Намъ однакожъ это кажется ошибочнымъ. Правда, освобожденіе отъ обязательности munera municipalia представляло собою весьма существенное преимущество. Извѣстно, что разнообразныя повинности, возложенныя на обывателей муниципальныхъ городовъ, въ императорское время достигали значительныхъ размѣровъ [3]). Но стоитъ намъ

---

conductionem accessit, pignoris jure fisco teneantur. Salva igitur indemnitate fisci debitorem tuum pro pecunia, quam pro eo fisco solvisti, more solito convenire non prohiberis".— Жена публикана внесла вмѣсто своего мужа часть откупной платы, но не ходатайствовала въ то время о переносѣ на себя залоговаго права казны. По рѣшенію императора ей принадлежитъ одно только обязательственное требованіе, безо всякаго залоговаго обезпеченія, такъ какъ все вообще настоящее и будущее имущество публикана считается заложеннымъ казнѣ съ самаго момента заключенія откупнаго договора. О залоговомъ правѣ фиска на все имущество публикановъ говорятъ далѣе: L. 16. §. 12. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. L. 6. §. 1. Dig. de jure immunitatis. 50, 6.

1) На запрещеніе публиканамъ принять на себя обязанности опекуна указываетъ L. unica pr. Cod. ne tutor vel curator vectigal conducat. 5, 41. Ср. также L. 8. §. 1. Dig. de vacatione et excusatione munerum. 50, 5.

2) См. *Roessler*: „Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Rechte" въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Томъ IV, стр. 293.

3) *Karlowa*: „Römische Rechtsgeschichte". Томъ I, стр. 605 и слѣд.



только обратить вниманіе на редакцію самого закона, и мы легко убѣдимся въ томъ, что его изданіе вовсе не было вызвано желаніемъ облегчить положеніе публикановъ новыми льготами. „Honor conductorum“ (sc. publicanorum), говоритъ *Каллистратъ*, при изданіи рескрипта не игралъ никакой роли, ratio же legis заключалась только въ обезпеченіи требованій фиска и главнымъ образомъ его залоговаго права, простирающагося на *все* имущество откупщиковъ — „ne extenuentur facultates eorum, quae *subsignatae* sint fisco“. Согласно съ этимъ принятіе и непринятіе публиканомъ общественныхъ должностей или исполненіе муниципальныхъ повинностей нисколько не зависѣло отъ его воли, какъ слѣдовало бы быть при настоящей привилегіи. Ему воспрещенъ всякій самостоятельный шагъ въ этомъ направленіи, такъ какъ онъ поставленъ подъ непосредственный контроль намѣстника провинціи. Все дѣло въ томъ, что казна не хотѣла допускать рядомъ со своимъ законнымъ залоговымъ правомъ на имущество публикана другого такого же залоговаго права, которое, какъ извѣстно, принадлежало муниципіямъ на все достояніе плательщиковъ городскихъ податей и лицъ, занимающихъ общественныя должности [1]).

§ 3. Такому публичному характеру отношеній между казною и публиканами вполнѣ соотвѣтствуетъ и то значеніе, которое римляне придавали societates vectigalium. Легко доказать, что и товарищества откупщиковъ разсматривались какъ союзы *публичнаго* права.

Особое свойство такихъ ассоціацій заключалось въ томъ, что они пользовались правомъ corpus habere или, по современной терминологіи, они признавались юридическими лицами въ противуположность всѣмъ обыкновеннымъ товариществамъ гражданскаго права:

> L. 1. pr. Dig. quod cujuscumque universitatis nomine 3, 4. Gajus libro tertio ad edictum provinciale: „Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel aurifodinarum vel argentifodinarum et salinarum“.

---

[1]) Здѣсь сказывается тотъ же принципъ, который мы встрѣчаемъ въ запрещеніи допускать въ качествѣ публикановъ должниковъ казны. L 9. §. 3. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Paulus libro quinto sententiarum: „Debitores fisci itemque rei publicae vectigales conducere prohibentur, ne ex alia causa eorum debita onerentur.



„Право „corpus habere“ допускается лишь въ рѣдкихъ случаяхъ. Такою привилегіею пользуются товарищества публикановъ, добывателей золота, серебра, соли“ [1]).

Давно извѣстно, что понятіе фиктивнаго субъекта правъ въ сознаніи римскаго народа складывалось постепенно, и даже въ наиболѣе разработанныхъ ученіяхъ юристовъ-классиковъ оно далеко еще не достигло той опредѣленности, того развитія, которыя ему придаютъ современная наука и законодательство. Государство (populus romanus), благодаря существованію особой казны (aerarium), пользовалось, можно сказать, безсознательно тѣмъ положеніемъ, которое мы теперь присваиваемъ юридическому лицу. По аналогіи тѣ же права были перенесены и на общества отдѣльныхъ, самостоятельныхъ городовъ (municipia), а наконецъ, и на весьма разнообразныя ассоціаціи частныхъ лицъ.

Для юридическаго характера всѣхъ этихъ союзовъ важны были, поэтому, два главныхъ условія: вопервыхъ казна (communis arca), вовторыхъ actor sive syndicus, т. е. оффиціальный представитель, „per quem quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat“. Образцомъ же ихъ организаціи служило политическое устройство самого римскаго народа или муниципій:

> L. 1. §. 1. Dig. quod cujuscumque universitatis nomine 3, 4. Gajus libro tertio ad edictum provinciale: „Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat“.

Согласно съ воззрѣніями римлянъ, всѣ эти союзы, по образцу государства и муниципій, должны были имѣть долговременное, какъ бы вѣчное существованіе [2]), ибо не только важность преслѣдуемыхъ цѣлей, но и продолжительность бытія сообщали имъ характеръ юридическаго лица, особенно въ первое время, пока самое понятіе послѣдняго еще мало выяснилось.

---

[1]) O societas publicanorum, какъ о юридическомъ лицѣ, упоминаютъ далѣе L. 31. §. 1. Dig. de furtis. 47, 2. L. 22. Dig. de fidejussoribus et mandatoribus. 46, 1.

[2]) L. 56. Dig. de usufructu 7, 1

Наука [1]) давно установила, что въ Римѣ цѣль корпораціи первоначально относилась къ области права публичнаго, къ жизни политической или религіозной [2]). Всѣ типы collegiorum и sodaliciorum, о которыхъ упоминаютъ источники, такъ или иначе связаны съ публичнымъ правомъ, и эта связь была неразрывна. Такого положенія вещей не измѣнила и lex Julia. Законъ этотъ поставилъ право corpus habere въ зависимость отъ разрѣшенія сената и тѣмъ нѣсколько стѣснилъ образованіе юридическихъ лицъ, давъ имъ однако-жъ вмѣстѣ съ тѣмъ формальную основу. Но и эта реформа не вывела корпорацій изъ присущей имъ области публичнаго права.

Подобный взглядъ римскаго правовѣдѣнія на corpora, какъ на союзы публичные, былъ однимъ изъ главнѣйшихъ препятствій для широкаго и свободнаго примѣненія идеи юридическаго лица въ хозяйственной жизни древняго Рима. Пока онъ держался, онъ несомнѣнно долженъ былъ стѣснять развитіе всего института и, пожалуй, не менѣе предписаній самой lex Julia. Въ смягченіи этого односторонняго взгляда мы усматриваемъ весьма важный успѣхъ современной науки права [3]).

---

[1]) *Mommsen*: „De Collegiis et Sodaliciis Romanorum“. Kiliae 1844, pag. 39 et seqq. *Pernice*: Labeo. Томъ I, стр. 290.

[2]) *Dirksen*: „Historische Bemerkungen über den Zustand der juristischen Personen nach römischem Recht“, утверждаетъ, что римское государство удостоивало своего покровительства только союзы, служащіе цѣлямъ религіознымъ или военнымъ. см. *Mommsen*: loc. cit. pag. 32 et seqq. и всѣ приводимые имъ аргументы. *Pernice*: loc. cit. стр. 290, 296. Къ этому воззрѣнію присоединяется и *Суворовъ*: „Объ юридическихъ лицахъ по римскому праву“. Ярославль 1892, стр. 20 и слѣд.—Нѣсколько иное мнѣніе высказываетъ *Pfeifer*: „Die Lehre von den juristischen Personen“. Tübingen 1847, стр. 15 и слѣд.

[3]) Римскимъ взглядамъ на юридическое лицо посвящена значительная часть книги г. *Суворова*. Къ сожалѣнію авторъ сильно увлекается полемикою съ многочисленными мнѣніями современныхъ юристовъ, такъ что до подлинныхъ римскихъ ученій почти не доходитъ. Особенно рѣзко онъ критикуетъ воззрѣнія *Гирке*. Мы согласны съ г. *Суворовымъ*, что *Гирке*, какъ ультрагерманистъ, нерѣдко хватаетъ чрезъ край, и намъ самимъ приходилось слышать, какъ этотъ ученый сравнивалъ положеніе юридическаго лица по римскому праву „съ положеніемъ душевнобольнаго, не подающаго надеждъ на выздоровленіе и поэтому вѣчно нуждающагося въ опекѣ“. Тѣмъ не менѣе *Гирке* всегда останется правымъ въ томъ, что рамки, въ которыя втиснуто юридическое лицо римскими законами, слишкомъ узки для современныхъ культурныхъ народовъ, требующихъ широкаго и разносторонняго примѣненія, корпоративныхъ началъ. Благодаря такому узкому характеру, римскія теоріи столь охотно примѣнялись тѣми правительствами, которыя недовѣрчиво и подозрительно относились ко всякому стремленію народа къ корпоративнымъ союзамъ.

Какъ ассоціаціи, пользующіяся правомъ corpus habere, societates publicanorum считались *союзами публичными*. Имѣя въ виду такое ихъ значеніе въ римской жизни, не трудно понять точный смыслъ тѣхъ немногихъ изреченій юристовъ-классиковъ, которыя ихъ касаются. Сюда прежде всего относится:

> L. 59. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Pomponius libro duodecimo ad Sabinum: „Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in *privatis* societatibus ait: in societate *vectigalium* nihilo minus manet societas et post mortem alicujus".

Для насъ здѣсь важна параллель между обыкновенными товариществами и societas publicanorum, имѣющими, по мнѣнію *Помпонія*, иной характеръ—противуположный „privatis societatibus". Въ другомъ мѣстѣ Дигестъ (L. 63. §. 8. Dig. eod. tit.) *Ульпіанъ* основанное на contractus societatis частноправный союзъ называетъ „societas voluntaria" въ отличіе отъ societas vectigalium, которая имѣетъ какъ бы оффиціальное значеніе. Вполнѣ ясно почему тотъ же юристъ, перечисляя всѣ извѣстные ему виды товарищества, считалъ нужнымъ указать на societas vectigalium, какъ на особый самостоятельный типъ:

> L. 5. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum: „Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicujus sive vectigalis sive etiam rei unius".

Пока мы не установимъ различія societas vectigalis отъ товарищества частноправнаго, слова *Ульпіана* могутъ вызывать недоразумѣніе. Въ самомъ дѣлѣ, если отвергнуть въ societates publicanorum публичный характеръ, онѣ представятся ничѣмъ инымъ, какъ только societates unius negotiationis, образованными для какого нибудь опредѣленнаго предпріятія [1]).

Но *Ульпіанъ* имѣлъ основанія выдѣлить этотъ типъ товарищества отъ другихъ. Societas vectigalis стояла на своей собственной почвѣ, хотя, помимо общаго названія, въ юридической конструкціи обнаруживала нѣкоторыя черты, родственныя съ contractus

---

[1]) Такъ объ этомъ и судитъ *Kritz*: „Das Pandectenrecht aus den Rechtsbüchern Justinians". Meissen 1857. Часть I, томъ II, стр. 25: „Die societas vectigalis — offenbar nur eine species der societas negotiationis".

societatis. Возможно, что, какъ институтъ болѣе древняго происхожденія, она, между прочимъ, вліяла на развитіе частноправнаго товарищества, подобно тому какъ locationes magistratuum служили образцомъ для договора locatio-conductio [1]). Этимъ и объясняется, почему римскіе цивилисты, изучая и опредѣляя contractus societatis, по временамъ касаются и societates vectigalium [2]).

§ 4. Право участвовать въ откупахъ и подрядахъ или право являться sub hasta составляло исключительную привилегію римскихъ гражданъ. Согласно съ этимъ производство торговъ допускалось только въ одномъ Римѣ, какъ на единственной и общей родинѣ римскихъ гражданъ [3]).

Положеніе публикановъ въ республикѣ еще не давало имъ значенія особаго сословія [4]). Даже терминъ „ordo publicanorum", который мы встрѣчаемъ иногда у Цицерона въ примѣненіи къ нимъ, еще не указываетъ на такой сословный характеръ. О послѣднемъ здѣсь не могло быть и рѣчи уже по одному тому, что государственные откупа и подряды считались исключительною монополіею особаго класса людей—ordo equester,—давно пользовавшагося прочною сословною организаціею и составлявшаго искони весьма важный элементъ въ общественномъ строѣ древняго Рима.

---

[1]) См. выше стр. 89.

[2]) То обстоятельство, что кодексъ Юстиніана не обращаетъ никакого вниманія на откупа и на казенные подряды и поставки, вполнѣ объясняетъ взглядъ римскихъ цивилистовъ на отношенія публикановъ къ казнѣ. Заключая въ себѣ столь много своеобразнаго, казенные подряды и поставки во всѣхъ законодательствахъ причисляются къ договорамъ гражданскимъ и вездѣ разработаны болѣе или менѣе подробно. Нельзя, поэтому, не удивляться, что законодательство, своею полнотою и предусмотрительностью стяжавшее себѣ славу во всемъ просвѣщенномъ мірѣ, обошло институтъ, получившій въ римскомъ государствѣ такое широкое распространеніе. Этотъ пропускъ *Юстиніанова* кодекса можетъ быть объясненъ только тѣмъ, что римскіе юристы не считали этихъ договоровъ частноправными.

[3]) Cicero: de lege agraria oratio II, cap. 21: „Vectigalia locare nusquam licet nisi in hac urbe, hoc aut illo ex loco, hac vestrum frequentia: venire nostras res proprias et in perpetuum ab nobis alienari in Paphlagoniae tenebris atque in Capadociae solitudine licebit? ibidem oratio I, cap. 3: „Censoribus vectigalia locare nisi in conspectu populi Romani non licet". T. Livii ab urbe condita lib. IV, cap. 8: „Vectigalia populi Romani sub nutu—essent".

[4]) Ср. *Roessler*: Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht Томъ IV, стр. 292 и слѣд.: „Die Publicanen bildeten einen eigenen Stand im Staat".

[5]) Ср. Cicero: pro Cn. Plancio oratio cap. 9, de provinciis consularibus oratio cap. 5, pro lege Manilia cap. 7. T. Livii ab urbe condita lib. XXV, cap. 3.



Всѣ хозяйственные и политическіе интересы этого ordo equester были тѣсно связаны съ финансовымъ управленіемъ страны. Среди его не было лица, не участвовавшаго прямо или косвенно въ денежныхъ и всяческихъ финансовыхъ операціяхъ казны [1]. Баснословные капиталы, постепенно накопившіеся у римскихъ всадниковъ, обязаны своимъ происхожденіемъ почти исключительно сосредоточенію въ рукахъ этого сословія всѣхъ казенныхъ поставокъ и откуповъ [2].

Къ концу республиканскаго періода ordo equester, благодаря своему богатству, пріобрѣтаетъ вліяніе даже на ходъ государственной политики. Нѣтъ почти ни одного сколько нибудь важнаго для разлагающейся республики вопроса, по поводу котораго equites-publicani не сказали бы своего рѣшающаго слова. Они теперь—грозные соперники сенатской партіи. Безпрерывные споры о составленіи высшаго государственнаго суда (quaestiones perpetuae)—интересная и поучительная страница исторіи публикановъ и ихъ отношеній къ правящимъ сферамъ. Въ equites-publicani находитъ сильную опору и смѣлый Гай Гракхъ въ своей борьбѣ на жизнь и смерть съ сенатомъ. Дешевый хлѣбъ и дешевая земля для бѣднаго гражданина, новые выгодные откупа для ordo equester—вотъ тѣ приманки, которыми этотъ истинный предшественникъ цезаризма привлекалъ къ себѣ массы и бѣдной и богатой черни, собирая свои гражданскіе легіоны съ цѣлью уничтожить аристократическую республику.

Для государства же equites-publicani представляли элементъ безусловно опасный. Повсюду бросается въ глаза развращающее вліяніе ихъ денежной силы на государственныя учрежденія. Въ

---

[1]) Цицеронъ нерѣдко прямо отождествляетъ понятіе ordo equester съ публиканами: „In Verrem act. II, lib. III, cap. 72: „Certe huic homini spes nulla salutis esset, *si publicani, hoc est, si equites Romani judicarent*“. Ораторъ здѣсь говоритъ о составѣ quaestiones perpetuae.—Въ рѣчи pro Cn. Plancio cap. 9, онъ называетъ публикановъ „flos equitum Romanorum“. Pro C. Rabirio postumo oratio cap. 2: „fuit enim pueris nobis hujus (sc. Rabirii) pater C. Curtius princeps ordinis equestris fortissimus et maximus publicanus“; pro Cn. Plancio oratio cap. 13. Cp. также Appian de bellis civilibus lib. II. §. 435: „Equestris ordo- - -potens tam propriis divitiis, quam quaestu ex vectigalibus publicis, quae redimere a populo solitus“.

[2]) T. Livii ab urbe condita lib. XLV, cap. 18: „Nam neque (vectigales) sine publicano exerceri posse“.



лучшія времена республики, когда богатство еще не играло такой важной роли въ соціальной жизни гражданъ, это не было столь замѣтнымъ. Тогда наибольшимъ вліяніемъ пользовалась знать—nobilitas,—всегда преисполненная патріотическаго духа, а она умѣла отстранять нарождающуюся плутократію отъ всякаго вмѣшательства въ общественныя дѣла. Но съ расширеніемъ могущества республики и присоединеніемъ къ ней все новыхъ и новыхъ территорій, отношенія значительно измѣнились, и publicani дѣлались силою. Отъ нихъ начинаетъ зависѣть до извѣстной степени самая доходность для казны вновь завоеванныхъ провинцій [1]). Исподоволь накопленные капиталы помѣщаются теперь весьма выгодно и приносятъ огромный ростъ. Въ управленіи провинціею publicanus становится человѣкомъ незамѣнимымъ и вотъ та лазейка, черезъ которую онъ вторгается и во внутреннюю политику самого Рима. Внося своими чисто финансовыми побужденіями, своимъ матеріально-эгоистическимъ расчетомъ, односторонній и безнравственный элементъ въ государственную жизнь, плутократія эта въ высшей степени способствовала разложенію и упадку существовавшаго порядка, не будучи въ состояніи замѣнить его чѣмъ либо другимъ, новымъ.

Впрочемъ въ древнемъ Римѣ и прежде публиканы имѣли вліяніе на дѣла государственныя, но въ размѣрахъ болѣе ограниченныхъ. Иногда они помогали своимъ кредитомъ стѣсненнымъ финансамъ республики, прикидываясь самоотверженными патріотами [2]); но еще чаще они возмущали общественное мнѣніе корыстолюбіемъ, подчасъ переходившимъ въ мошенничество и казнокрадство. Краснорѣчивый примѣръ въ этомъ отношеніи представляетъ собою инцидентъ съ публиканомъ Постуміемъ, во время второй карѳагенской войны [3]). Этотъ дѣлецъ взялъ на себя поставку припасовъ для войскъ, съ условіемъ, чтобы казна отвѣчала за рискъ доставки морскимъ путемъ—„ut publicum periculum esset a vi tempestatis“.—Желая извлечь изъ своего договора наибольшую выгоду, Постумій потопилъ въ открытомъ морѣ цѣлую эскадру старыхъ негодныхъ кораблей съ малоцѣннымъ грузомъ. Въ сенатѣ же свидѣтельствомъ будто бы спасен-

---

[1]) T. Livii ab urbe condita lib. XLV, cap. 18.

[2]) T. Livii ab urbe condita lib. XXIII, cap. 48, 49. lib. XXIII, cap. 18.

[3]) T. Livii ab urbe condita lib. XXV, cap. 3, 4.

ныхъ моряковъ онъ старался доказать, что припасы погибли вслѣдствіе кораблекрушенія. Интересно, что здѣсь, какъ и въ другихъ случаяхъ, сенатъ стоялъ за удовлетвореніе требованій публикана [1]). Трудно сказать, было ли это послѣдствіемъ политическихъ соображеній, или, быть можетъ, щедрая рука поставщика повліяла на рѣшеніе высшаго государственнаго учрежденія. Къ счастью, народное собраніе и цензоры въ дѣлахъ откупщиковъ оказывались болѣе строгими судьями [2]), и поведеніе Постумія вызвало цѣлую бурю негодованія, выразившагося даже въ серьезныхъ уличныхъ безпорядкахъ. Снисхожденіе сената не имѣло никакихъ послѣдствій, и дѣло кончилось приговоромъ комицій объ изгнаніи Постумія изъ предѣловъ римской территоріи, подвергшимъ его aquae et ignis interdictio.

Цензоры съ своей стороны часто парализовали неумѣстную слабость сената тѣмъ, что подозрительныхъ публикановъ не допускали къ участію въ казенныхъ поставкахъ и откупахъ [3]).

Благодаря такому прошлому, репутація публикановъ представляется далеко не въ одинаковомъ свѣтѣ. Съ бóльшимъ оптимизмомъ относятся къ нимъ писатели республиканскаго періода. Высокія достоинства публикановъ [4]) воспѣваетъ въ краснорѣчивыхъ дифирамбахъ *Цицеронъ*, даже и строго безпристрастный *Ливій* находитъ иногда слово одобренія ихъ образу дѣйствій въ особенности въ обстоятельствахъ затруднительныхъ для казны [5]). Иначе судятъ юристы императорскаго періода. „Кому не извѣстно, говоритъ *Ульпіанъ*, какою дерзостью,

---

[1]) T. Livii ab urbe condita lib. XXV, cap. 3: „Ea fraus—ad senatum delata, nec tamen ullo senatusconsulto notata: quia Patres ordinem publicanorum in tali tempore offensum nolebant", см. ibid. lib. XXXIX cap. 44. cit. на стр. 91.

[2]) T. Livii ab urbe condita lib. XXV, cap. 3: „Populus severior vindex fraudis erat".

[3]) T. Livii ab urbe condita lib. XXXIII, cap. 16, lib. XXXIX, cap. 44.

[4]) Pro Cn. Plancio oratio cap. 9: „qui ordo (sc. publicanorum) quanto adjumento sit in honore quis nescit? flos enim equitum Romanorum, ornamentum civitatis, firmamentum rei publicae publicanorum ordine continetur". Ср. de provinciis consularibus oratio cap. 5, in Verrem act. II, lib. II, cap. 73.

[5]) T. Livii ab urbe condita lib. XXIII, cap. 49: говоритъ о великодушіи, которымъ publicani выручили казну изъ финансовыхъ затрудненій послѣ битвы при Каннахъ: „Hi mores, eaque caritas patriae per omnes ordines velut tenore uno pertinebat. Quemadmodum conducta omnia *magno animo* sunt, sic *summa fide* praebita, nec secus quam si ex opulento aerario, ut *quondam alerentur*". Договоръ подряда, заключенный публиканами съ правительствомъ столь великодушно, не смотря на полное отсутствіе въ казнѣ денегъ, былъ исполненъ со строгою аккуратностью.



какимъ нахальствомъ отличаются поступки публикановъ[1]). При всей своей снисходительности еще въ республиканское время сенатъ иногда сознавалъ, что откупщики, нарушая своею корыстною эксплоатаціею публичное право[2]), противодѣйствовали общественному благу. Такая перемѣна взглядовъ на дѣятельность публикановъ, сказывавшаяся у писателей эпохи принципата, вполнѣ понятна: она объясняется переворотами въ государственномъ строѣ самого Рима.

Пока сенатъ и римское правительство ограничивали всѣ свои административныя заботы одною Италіею, видя въ провинціяхъ только источникъ хищническаго обогащенія казны и привилегированныхъ гражданъ, положеніе публикановъ было чрезвычайно выгодно. Имъ предоставлялась почти безконтрольная эксплоатація всѣхъ податей, отданныхъ на откупъ. Жалобы на ихъ притѣсненія доходили до Рима рѣдко, и то только въ случаяхъ самаго возмутительнаго произвола. Причина весьма понятна. Процессы противъ публикановъ стоили дорого и были сопряжены съ большимъ рискомъ. Трудность отдаленнаго путешестія, издержки веденія дѣла въ quaestiones perpetuae, да пожалуй еще взятки судьямъ представляли собою такія препятствія, въ силу которыхъ обобранные и обиженные предпочитали молчать. Но и въ тѣхъ случаяхъ, когда всѣ эти затрудненія могли быть устранены, исходъ процесса оставался всетаки весьма сомнительнымъ. Одно время quaestiones perpetuae въ дѣлахъ провинціаловъ съ откупщиками не имѣли даже никакого значенія. Пока дѣйствовали leges Sempronia, Servilia Glaucia, весь персоналъ этого высшаго суда состоялъ изъ однихъ только представителей ordo equester, которые конечно всячески старались прекращать жалобы назойливыхъ провинціаловъ на своихъ собратій, ловко и безцеремонно обдѣлывавшихъ свои откупныя операціи. Но во всякомъ случаѣ, даже и при другомъ составѣ quaestiones perpetuae,

[1]) L. 12. pr. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum: „Quantae audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat". Ср. L. 9. Dig. de lege Rhodia 14, 2. Здѣсь нѣкій Εὐδαίμων изъ города Никомедіи жалуется императору Антонину на публикановъ кикладскихъ островов, ограбившихъ его послѣ кораблекрушенія—„διηρπάγημεν ὑπὸ τῶν δημοσίων τῶν τὰς Κυκλάδας νήσους οἰκούντων".

[2]) T. Livii ab urbe condita lib. XLV, cap. 18: „ubi publicanus esset, ibi aut jus publicum vanum, aut libertatem sociis nullam esse". Ср. C. Taciti annales lib. XIII. cap. 51: „Eodem anno crebris populi flagitationibus, inmodestiam publicanorum arguentis"... и тамъ же: „Temperandas plane publicanorum cupidines",..



всемогущій милліонеръ легко могъ найти вліятельныхъ покровителей въ высшихъ сферахъ. Намѣстники же, въ силу своего положенія, обязанные защищать интересы провинціаловъ, сами остерегались подпасть подъ судъ quaestiones perpetuae. Въ то время въ римской аристократіи уже перевелись люди, которые, подобно *Катону* старшему, энергически противодѣйствовали хищническимъ аппетитамъ плутократовъ [1]), а тонъ задавали люди въ родѣ *Цицерона*, благоговѣйно относившагося ко всякому внѣшнему блеску. Обаяніе богатства стало заглушать независимость и честность убѣжденій. Въ многочисленныхъ бунтахъ и заговорахъ послѣднихъ дней республики ясно слышится вліяніе капитала. Даже люди съ чистыми руками, какъ напр., Цицеронъ, преклонялись предъ золотымъ тельцомъ, дорожа своими связями съ плутократіей и стараясь всячески ей угождать. Словомъ, представлялась безотрадная картина полнаго господства богатой буржуазіи, державшей въ повиновеніи представителей власти и вліявшей на ихъ правительственную дѣятельность. Алчная haute finance смотрѣла на государство, какъ на крупное коммерческое предпріятіе, развращая всѣ республиканскія учрежденія.

Обстоятельства неизбѣжно должны были измѣниться, когда подъ ударами цезаризма рухнулъ весь этотъ общественный и государственный строй, уже подточенный грубымъ, сознательнымъ и отважнымъ цинизмомъ. Принципатъ, главнымъ образомъ, стремился, къ объединенію всего государства. Римъ и Италія низводились со своего высокаго пьедестала, и за провинціями начали признавать право на самостоятельное хозяйственное и культурное развитіе. Естественнымъ послѣдствіемъ такого направленія является новый взглядъ на значеніе и дѣятельность публикановъ.

Правительство начинаетъ ясно сознавать весь вредъ, который эти поистинѣ кровопійцы наносили общественному благу. Въ административныхъ сферахъ уже никто не сомнѣвается въ томъ, что система откуповъ представляетъ страшное зло, хотя до поры, до времени и неизбѣжное [2]). Въ связи съ этимъ является весьма понятное стремленіе, по мѣрѣ возможности, строго контролировать дѣйствія публикановъ.

---

[1]) T. Livii ab urbe condita lib. XXXIX, cap. 44.

[2]) Не удивительно, поэтому, что императоры позднѣйшихъ временъ стараются мало по малу упразднить систему откуповъ, а завѣдываніе податями поручить должностнымъ лицамъ. *Marquardt* въ *Beckers* „Handbuch der römischen Alterthümer“. Leipzig 1853. Томъ III, отд. 2, стр. 203.

Въ исторіи первыхъ императоровъ упоминается часто о распоряженіяхъ правительства, имѣющихъ цѣлью обуздать хищничество публикановъ. Несомнѣнно, далеко не всѣ эти предписанія дошли до насъ. Характерно, что уже lex Julia de vi publica обращаетъ вниманіе на превышеніе власти со стороны откупщиковъ. Она караетъ собираніе неустановленныхъ правительствомъ податей—nova vectigalia.

L. 12. Dig. ad legem Juliam de vi publica. 48, 6. Paulus libro singulari ad senatus consultum Turpillianum: „Qui nova vectigalia exercent, lege Julia de vi publica tenentur.“

Такое же стремленіе, ограничить произволъ публикановъ, сказывается и въ эдиктѣ императора *Нерона*, о которомъ намъ сообщаетъ *Тацитъ:*

Annales lib. XIII. cap. 51: „Ergo edixit princeps (sc. Nero), ut leges cujusque publici, occultae ad id tempus, proscriberentur; omissas petitiones non ultra annum resumerent; Romae praetor, per provincias, qui pro praetore aut consule essent, jura adversus publicanos extra ordinem redderent;“

Этимъ эдиктомъ допускается административное производство (extraordinaria cognitio) противъ публикановъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ превышенія власти. Потерпѣвшіе отъ ихъ произвола могутъ обращаться за помощью къ мѣстнымъ властямъ—проконсуламъ или пропреторамъ. Такимъ образомъ провинціалы освобождались отъ тѣхъ многочисленныхъ хлопотъ, съ которыми было сопряжено уголовное судопроизводство въ quaestiones perpetuae. Тогда какъ прежде вслѣдствіе затрудненій и неизбѣжности большихъ издержекъ, высшій судъ, засѣдавшій въ Римѣ, былъ доступенъ не отдѣльнымъ лицамъ, а только цѣлымъ общинамъ или всему населенію цѣлой провинціи, пострадавшимъ отъ эксплоатаціи публикановъ, а въ силу закона *Нерона* административныя власти обязаны были, по ходатайству обиженныхъ плательщиковъ податей, подвергать публикановъ немедленнымъ взысканіямъ.

Интересно, что еще въ Дигестахъ встрѣчаются нѣкоторые намеки на этотъ эдиктъ:

L. 9. §. 5. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Paulus libro quinto sententiarum: „Quod illicite publice privatimque exactum est, cum altero tanto passis injuriam exsolvitur. Per vim vero extortum cum poena tripli restituitur: amplius extra ordinem plectuntur: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat.“

Отсюда видно что за всякое неправильное взысканіе податей потерпѣвшіе вознаграждаются вдвое. Въ случаѣ же насилія виновный подвергается штрафу втрое противъ причиненныхъ убытковъ. Сверхъ того публиканы [1]) могутъ еще подлежать всѣмъ послѣдствіямъ чрезвычайнаго производства (extra ordinem), ибо, какъ замѣчаетъ *Павелъ*, въ данномъ случаѣ стремятся къ достиженію двойной цѣли: вопервыхъ къ вознагражденію потерпѣвшихъ частныхъ лицъ, вовторыхъ къ сохраненію интересовъ общественнаго порядка.

Эти слова юриста наводятъ на ту мысль, что extraordinaria cognitio введена *Нерономъ*, какъ производство публичнаго, можетъ быть, уголовнаго характера—publicae disciplinae causa. По крайней мѣрѣ *Павелъ* противопоставляетъ этотъ порядокъ гражданскимъ искамъ—actiones poenales in duplum et triplum—преслѣдующимъ utilitas privatorum. Что онъ не распространяется болѣе объ этой extraordinaria cognitio, вполнѣ понятно: институты публичнаго права не занимали его какъ цивилиста.

Другой законъ, не менѣе остраго характера, приписывается императору Марку Антонину Философу. Этотъ законъ подвергаетъ публикановъ, превышающихъ свою власть при собираніи пошлинъ, *наказанію*. Къ сожалѣнію болѣе точныхъ свѣдѣній о его содержаніи, о характерѣ и размѣрахъ налагаемыхъ имъ взысканій мы не имѣемъ [2]).

§ 5. Въ связи съ этими распоряженіями императорскаго правительства, разсмотримъ обстоятельнѣе еще одно постановленіе, опредѣлявшее отвѣтственность публикановъ. Постановленіе, о которомъ говоримъ—edictum de publicanis et vectigalibus et commissis, вошедшій въ составъ *Юстиніанова* кодекса. Этотъ важный эдиктъ прежде всего преслѣдуетъ насиліе—vis—публикановъ. Лица, потерпѣвшія отъ такого

---

[1]) Толкуя вышеприведенный фрагментъ, мы смѣло вставляемъ здѣсь слово „публиканы", тѣмъ болѣе, что эта вставка вполнѣ согласуется съ общимъ смысломъ того титула Дигестъ, въ которомъ помѣщается наша цитата. Точно такъ же и нѣмецкіе переводчики corpus juris держатся того же взгляда, ср. „Das corpus juris civilis ins Deutsche übersetzt von einem Vereine Rechtsgelehrter" herausgegeben von *Otto*, *Schilling* und *Sintenis*. Leipzig 1832. Томъ IV, стр. 77.

[2]) Vitae caesarum. Julii Capitolini vita M. Antonini Philosophi. Cap. XI: „Dedit praeterea curatoribus regionum ac viarum potestatem, ut vel *punirent*, vel ad praefectum urbi puniendos remitterent eos, qui ultra vectigalia quicquam ab aliquo exegissent".



насилія, находятъ себѣ защиту уже не у административной власти, а у власти судебной. Въ теченіе года съ момента нанесенія имъ убытковъ они пользуются правомъ на предъявленіе actio in duplum, по истеченіи же этого срока за ними остается только право требовать вознагражденія, соотвѣтственнаго убытку:

L. 1. pr. Dig. de publicanis et vectigalibus et commissis. 39, 4. Ulpianus libro quinquagesimo ad edictum: „Praetor ait: Quod publicanus ejus publici nomine vi ademerit quodve familia publicanorum, si id restitutum non erit, in duplum aut, si post annum agetur, in simplum judicium dabo".

Мы не знаемъ времени обнародованія этого эдикта, но, не рискуя ошибиться, можемъ утверждать, что онъ изданъ еще въ періодъ республики и вѣроятно не задолго до *Августа*. Во всякомъ случаѣ *Лабеонъ* уже былъ съ нимъ знакомъ, такъ какъ въ своихъ сочиненіяхъ толковалъ его [1]). Можно было бы указать на то, что изданіе закона, отчасти стѣснительнаго для публикановъ, мало соотвѣтствовало духу послѣднихъ временъ республики [2]). Но стоитъ только обратить вниманіе на все содержаніе эдикта, и мы легко убѣдимся въ томъ, что въ общемъ онъ не былъ направленъ противъ интересовъ откупщиковъ, а, напротивъ, заключалъ въ себѣ нѣкоторыя смягченія другихъ законовъ въ ихъ пользу. Въ комментаріяхъ къ нашему эдикту, составленныхъ юристами императорскаго періода, высказывается уже другое направленіе, менѣе благопріятное для публикановъ. Да это и не удивительно, такъ какъ этимъ только подтверждается то, что́ раньше было сказано о рѣзкой перемѣнѣ во взглядахъ на государственную администрацію, возникшей съ принципатомъ.

---

[1]) L. 4. pr. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Paulus libro quinquagesimo secundo ad edictum: „Si publicanus, qui vi ademit, decesserit, *Labeo ait* in heredem ejus, quo locupletior factus sit, dandam actionem.

[2]) *Cohn*—„Zum römischen Vereinsrecht". Berlin 1873, стр. 223 и слѣд.—относитъ этотъ эдиктъ ко времени до *Цицерона*, на томъ основаніи, что послѣдній въ одномъ изъ писемъ къ своему другу Аттику упоминаетъ о содержаніи какого то эдикта, изданнаго для провинціи: „in quo est de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis"—epistolarum ad Atticum lib. VI, epist. I, 15. Была ли вообще какая нибудь связь между провинціальнымъ эдиктомъ, о которомъ говоритъ *Цицеронъ*, и эдиктомъ de vi publicanorum, сказать весьма трудно.

L. 12. pr. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum: „Quantae audaciae, quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat. Idcirco praetor ad compescendam eorum audaciam hoc edictum proposuit".

Спустя два столѣтія послѣ обнародованія эдикта, *Ульпіанъ* указываетъ на его мотивы, но уже съ точки зрѣнія своего времени. Познакомившись ближе съ содержаніемъ закона, мы увидимъ, что преторами едва ли руководило желаніе обуздывать наглость и хищническіе инстинкты публикановъ, а скорѣе необходимость пополнить нѣкоторые весьма существенные пробѣлы въ системѣ гражданскихъ исковъ.

Edictum de publicanis преслѣдуетъ „ademptio vi", совершенную откупщиками, ихъ служащими и рабами. Но надо помнить, что actio vi bonorum raptorum, возникшая по всей вѣроятности раньше и, во всякомъ случаѣ, существовавшая одновременно съ actio in duplum противъ публикановъ, была направлена на quadruplum нанесенныхъ истцу убытковъ. Этотъ послѣдній искъ, не имѣвшій спеціальнаго характера и допускаемый противъ любого лица, присвоившаго чужое имущество посредствомъ насилія, обѣщалъ такимъ образомъ потерпѣвшему двойное вознагражденіе сравнительно съ actio in duplum, основанной на edictum de publicanis. На первый взглядъ это составляло какъ бы особую льготу откупщиковъ. Въ самомъ дѣлѣ, тогда какъ обыкновенный грабитель долженъ былъ вознаградить потерпѣвшаго вчетверо за тотъ ущербъ, который онъ ему причинилъ, публиканъ за такой же проступокъ отвѣчалъ только in duplum. Этого обстоятельства не могъ не замѣтить и *Ульпіанъ*; онъ долженъ былъ сознаться, что указанный эдиктъ устанавливалъ смягченіе болѣе строгой actio de vi:

L. 1. §. 3. Dig. hoc. tit. 39, 4: „Quod quidem edictum in aliqua parte mitius est, quippe cum in duplum datur, cum vi bonorum raptorum in quadruplum sit et furti manifesti aeque in quadruplum --- Поэтому, продолжаетъ тотъ же юристъ: §. 4. „Unde quaeritur si quis velit cum publicano non ex hoc edicto, sed ex generali vi bonorum raptorum, damni injuriae vel furti agere, an possit? et placet posse, idque Pomponius quoque scribit: est enim absurdum meliorem esse publicanorum causam quam ceterorum effectam opinari".

Иными словами: нашимъ эдиктомъ еще не устраняется право потерпѣвшаго отъ насилія публикана пользоваться для защиты своихъ интересовъ другими допускаемыми закономъ средствами (edictum generale). На общемъ основаніи онъ можетъ предъявить actio vi bonorum raptorum, ибо, какъ находитъ и *Помпоній*, цѣль этого эдикта заключается вовсе не въ томъ, чтобы въ процессахъ предоставить публиканамъ бóльшія льготы.

Но если бъ это было и такъ, то въ чемъ же тогда практическое значеніе нашего эдикта и къ чему преторы стремились, обнародовавъ его?

Вопросы эти разъяснятся безъ труда, если только вспомнить то полуоффиціальное положеніе, которое публиканы занимали въ римскомъ государствѣ. Дѣло въ томъ, что въ случаѣ употребленія ими насилія не всегда легко было примѣнять обыкновенные иски со штрафнымъ характеромъ. Въ самомъ дѣлѣ, публиканамъ принадлежало право производить всѣ необходимые по ихъ мнѣнію обыски, причемъ нерѣдко дѣло могло сопровождаться насиліемъ; точно также законъ дозволялъ имъ присвоивать всякую контрабанду. Всѣ обыкновенные actiones poenales допускались только тогда, когда со стороны нарушителя чужихъ правъ обнаруживался dolus—злое намѣреніе [1]); но всегда ли можно было предполагать такой dolus у публикана, превысившаго при взиманіи пошлинъ свои полномочія? Въ большинствѣ случаевъ трудно было и допустить его, ибо, хотя насиліе и имѣло мѣсто, но оно могло всегда опираться на законъ, быть можетъ, и неправильно истолкованный.

Это обстоятельство вполнѣ подтверждается источниками. По свидѣтельству *Лабеона*, слова котораго приводитъ *Ульпіанъ*, противъ публикана, захватившаго, при взысканіи пошлинъ, по ошибкѣ чужой скотъ, actio vi bonorum raptorum не допускается, такъ какъ тутъ очевидно злаго умысла нѣтъ:

> L. 2. §. 20. Dig. vi bonor. raptor. 47, 8. Ulpianus libro quinquagesimo sexto ad edictum: „Si publicanus pecus meum abduxerit, dum putat contra legem vectigalis aliquid a me factum: quamvis erraverit, agi tamen cum eo vi bonorum raptorum *non posse* Labeo ait: sane dolo caret“.

---

[1]) Ср. L. 2. pr. Dig. vi bonor. raptor. 47, 8. L. 1. §. 1. Dig. de dolo malo. 3, 4. *Іерингъ* видитъ главное условіе для предъявленія actio injuriarum единственно въ такъ назыв. ὕβρις т. е. дерзкомъ попираніи сферы чужихъ правъ. „Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzung“ въ Jahrbücher für Dogmatik. Томъ XXIII, стр. 190 и слѣд.

Разумѣется, если потерпѣвшій могъ доказать, что откупщикъ, его слуги или рабы, употребляя насиліе, дѣйствовали съ умысломъ, свидѣтельствующимъ о dolus, то предъявленію actio vi bonorum raptorum ничто не мѣшало. Въ большинствѣ же случаевъ доказать это было весьма затруднительно, такъ какъ презумпція была безусловно въ пользу публикана—(„sane dolo caret", утверждаетъ самъ *Лабеонъ*), и даже въ случаяхъ крайняго превышенія власти публиканъ легко могъ оправдаться, сославшись на ошибку или неосторожность.

Въ виду такого исключительнаго положенія откупщиковъ, преторскій эдиктъ дѣйствительно пополнилъ весьма чувствительный пробѣлъ въ системѣ исковъ по римскому праву. Вводимая имъ actio in duplum уже не предполагаетъ dolus. Достаточно, если потерпѣвшій доказывалъ, вопервыхъ, наличность насилія (vis), а, вовторыхъ, присвоеніе публиканомъ путемъ этого насилія того, чтó ему по закону не слѣдовало[1]). Такимъ образомъ включеніе въ кодексъ *Юстиніана* actio in duplum противъ публикановъ, на ряду съ actio vi bonorum raptorum in quadruplum, не представляетъ ничего несообразнаго и ничего удивительнаго[2]).

---

[1]) Этимъ объясняется и терминологія нашего эдикта „vi *adimere*"—отнятіе посредствомъ насилія, vis sine dolo—а не „*rapere*", какъ выражается edictum vi bonorum raptorum.

[2]) Иначе, но какъ намъ кажется, весьма произвольно и мало убѣдительно толкуетъ этотъ фактъ *Cohn*: loc. cit. 217 и слѣд.: „Wie erklärt sich nun dass beide Edicte neben einander existiren? Die Lösung ist m. E. darin zu suchen, dass das Edict über die vis der Publicanen das ältere ist". Точно также мы не можемъ одобрить и усилія того же автора витіеватыми фразами и рискованными комбинаціями доказать невѣроятное и, какъ мы видѣли, ни къ чему не нужное предположеніе, что edictum de publicanis явилось раньше эдикта vi bonorum raptorum. *Cohn* упустилъ изъ виду приведенную нами L. 1. §. 20. Dig. de vi bonor. raptor. 47, 8. Этотъ же фрагментъ навѣрное убѣдилъ бы его и въ томъ, что actio dupli противъ публикановъ сама по себѣ не только вполнѣ совмѣстима съ actio vi bonorum raptorum, но даже, какъ искъ спеціальнаго свойства, прямо пополняетъ весьма существенный пробѣлъ actio vi bonorum raptorum. Сверхъ того мы можемъ сообщить еще одинъ интересный фактъ, который прольетъ нѣкоторый свѣтъ на вопросъ, нами затронутый. По разсказу евангелиста *Луки*—глава 19—о встрѣчѣ въ Іерихонѣ Христа съ начальникомъ мытарей, богатымъ Закхеемъ, послѣдній, тронутый до глубины души ученіемъ Спасителя, обращается къ Нему съ слѣдующими словами: „Господи! половину имѣнія моего я отдамъ нищимъ, и если кого чѣмъ обидѣлъ, воздамъ *вчетверо*".—(κάι εἴ τινός τι ἐσυκοφάντησα, ἀποδίδωμι τετραπλοῦν) Невольно спросишь, почему Закхей обѣщаетъ вознаградить потерпѣвшихъ отъ его жадности и превышенія власти именно



Послѣ всего сказаннаго понятны причины и тѣхъ смягченій, которыми эдиктъ о публиканахъ отличается отъ actio vi bonorum raptorum.

Кромѣ уже извѣстнаго уменьшенія съ quadruplum in duplum, сюда относится еще другое весьма существенное облегченіе: публиканъ можетъ избавиться отъ иска и его послѣдствій, если только до суда возвратитъ потерпѣвшему отнятое имущество. Въ actio же vi bonorum raptorum, какъ вообще во всѣхъ гражданскихъ искахъ съ штрафнымъ характеромъ, подобнаго условія не существуетъ.

L. 1. §. 3. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Ulpianus libro quinquagesimo quinto ad edictum: „Quod quidem edictum in aliqua parte mitius est, quippe cum - - §. 4.- -et restituendi facultas publicano vi abreptum datur, quod si fecerit, omni onere exuitur et poenali actione ex hac parte edicti liberatur.“

То же самое выражаетъ и другой фрагментъ:

L. 5. pr. Dig. eod. tit. Gajus ad edictum praetorii urbani titulo de publicanis: „Hoc edicto efficitur, ut *ante acceptum quidem judicium* restituta re actio evanescat, post acceptum vero judicium nihilo minus poena duret.“

Смыслъ этой особенности нашего иска вполнѣ ясенъ. Безъ этого смягченія, преторскій эдиктъ поставилъ бы откупщиковъ въ слишкомъ стѣсненное положеніе. Насиліе со стороны публикановъ,

---

вчетверо, почему же не вдвое, втрое, впятеро или вдесятеро? Для разъясненія этого вопроса обыкновенно указываютъ на законъ *Моисея*—Исходъ глава XXII, стихъ 1: „Если кто украдетъ вола или овцу и заколетъ или продастъ, то *пять* воловъ заплатитъ за вола и *четыре* овцы за овцу“. Но такая ссылка едва ли правильна. Опредѣленіе книги *Моисея* крайне казуистично, изъ него общихъ выводовъ не сдѣлаешь. Совершенно непонятно, поэтому, какимъ путемъ пришли къ такому заключенію, что этимъ опредѣленіемъ устанавливается обязанность вознаградить за причиненные убытки *вчетверо*. Почему же не впятеро, вѣдь *Моисей* тамъ же говоритъ о *пяти* волахъ? Лука называетъ Закхея начальникомъ мытарей, человѣкомъ богатымъ: ‚καὶ αὐτὸς ἦν ἀρχιτελώνης, καὶ οὗτος ἦν πλούσιος‘. Это именно то лицо, которое мы у *Цицерона* и другихъ римскихъ писателей встрѣчаемъ подъ названіемъ „princeps publicanorum“. Какъ публиканъ и римскій гражданинъ, Закхей подчинялся римскому закону. Какъ человѣкъ дѣловой, онъ долженъ былъ знать его предписанія. Чувствуя всю свою вину передъ Спасителемъ, онъ самъ подвергаетъ себя наказанію за всѣ тѣ многочисленные проступки, которые не могли быть караемы дѣйствовавшими тогда законами въ силу пробѣловъ, указанныхъ уже выше (стр. 110). Онъ подвергаетъ себя, такимъ образомъ, послѣдствіямъ actio vi bonorum raptorum или furti manifesti, вознаграждая потерпѣвшихъ отъ его неправды вчетверо—in quadruplum.



ихъ слугъ или рабовъ во многихъ случаяхъ было неизбѣжно. Надо было считаться съ постояннымъ стремленіемъ населенія, особенно же торговцевъ, всячески уклоняться отъ внесенія пошлинъ и налоговъ вообще. Въ римскихъ провинціяхъ, гдѣ отношенія между народомъ и сборщиками податей постоянно были натянуты, а по временамъ принимали даже весьма острый характеръ, публиканы всегда должны были бороться съ большими затрудненіями. Здѣсь даже самыя законныя ихъ требованія встрѣчали то активное, то пассивное противодѣйствіе. Шла непрерывная—явная или тайная—борьба между откупщиками и плательщиками налоговъ [1]). При такихъ обстоятельствахъ, для охраненія своихъ интересовъ, публиканамъ часто приходилось дѣйствовать рѣшительно и неотложно, не разбирая долго, имѣютъ ли они дѣло съ настоящимъ контрабандистомъ, или же съ лицомъ, вообще не обязаннымъ платить налоги. Съ этимъ условіемъ считается и законъ: въ виду возможности подобныхъ явленій публиканы пользовались legis actio per pignoris capionem, по той же самой причинѣ въ случаѣ насилія съ ихъ стороны не всегда допускалась actio vi bonorum raptorum; эти же мотивы могутъ объяснить и смягченіе эдикта de publicanis, разрѣшающее restitutio ademti.

Еслибы публиканъ, при взысканіи податей дѣйствовалъ, подъ постояннымъ страхомъ actionis in duplum, это непремѣнно отразилось бы на тѣхъ доходахъ, которые онъ получалъ отъ своего откупа, а въ концѣ концовъ и на прибыляхъ казны. Эдиктъ же предоставляетъ ему возможность возвратить плательщику пошлинъ имущество, неправильно отнятое, не только до начала спора, но и въ теченіе его [2]). Имѣя такимъ образомъ возможность всегда отклонить actio in duplum, или прекратить ее по своему усмотрѣнію, публиканъ избавлялся отъ всякаго риска и въ критическіе моменты могъ дѣйствовать твердо и быстро, какъ того требовали его интересы.

§ 6. На ряду съ эдиктомъ противъ насилія (vis publicanorum), мы встрѣчаемъ въ источникахъ еще другой законъ, карающій furtum

---

[1]) Стоитъ здѣсь только указать на весьма натянутыя отношенія между іудейскимъ населеніемъ Палестины и сборщиками податей—τελῶναι, о которыхъ говорятъ евангелисты. Ср. и *Burmanni*: „Vectigalia populi Romani“, pag. 125 et seqq.

[2]) Судебная практика даетъ это право публиканамъ даже послѣ открытія процесса: L. 5. pr. Dig. eod. tit.: „Sed tamen absolvendus est etiam qui post acceptum judicium restituere paratus est“.

и damnum injuria datum, совершенныя слугами и рабами (familia) откупщиковъ. Въ комментаріяхъ *Ульпіана* оба эдикта соединены въ одно цѣлое и помѣщаются въ одномъ и томъ же фрагментѣ, но судя по характеру редакціи послѣдняго, можно прійти къ заключенію, что въ немъ идетъ рѣчь о различныхъ законахъ, возникшихъ въ различное время, и уже потомъ слившихся воедино. Весьма вѣроятно, что edictum de furtis et de damno injuria facto позднѣйшаго происхожденія. Подлинныя же его слова—не въ L. 1. pr. Dig. de publicanis et vectigalibus, а въ L. 12. §. 1. Dig. eod. tit:

> L. 12. §. 1. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum: „Quod familia publicanorum furtum fecisse dicetur, item si damnum injuria fecerit et id ad quos ea res pertinet non exhibetur: in dominum sine noxae deditione judicium dabo". См. также L. 1. pr. Dig. eod. tit.

Судя по тексту, эдиктъ этотъ, оставляя въ сторонѣ публикановъ, первоначально имѣлъ въ виду только ихъ слугъ и рабовъ—familia. *Ленель* высказываетъ не лишенное основанія предположеніе, что въ сводѣ преторскихъ распоряженій настоящій указъ не занималъ самостоятельнаго мѣста, а составлялъ какъ бы добавочную статью къ общему эдикту: „quod familia furtum fecisse dicetur [1])". Сліяніе обоихъ эдиктовъ—de publicanis и de familia publicanorum—въ одно цѣлое тотъ же авторъ относитъ къ кодификаціонной коммиссіи *Юстиніана*. Можно, поэтому, предполагать, что только съ этихъ поръ дѣйствіе эдикта de familia publicanorum, въ видѣ actio in duplum, стало распространяться и на furtum и injuria, совершаемыя самими откупщиками [2]).

---

[1]) См. „Edictum perpetuum" стр. 268. Ср. и замѣчанія, сдѣланныя *Cohn*'омъ по этому поводу: loc. cit. стр. 208 и слѣд. Впрочемъ непонятно, какъ тотъ же авторъ могъ въ словахъ *Тацита*—Annales lib. XIII, cap. 51 cit. на стр. 106—усмотрѣть указаніе на эдиктъ o familia publicanorum. *Тацитъ* приписываетъ *Нерону* введеніе extraordinaria cognitio противъ публикановъ. Какая же могла быть связь между этимъ закономъ объ административномъ производствѣ и преторскимъ эдиктомъ, создающимъ новый гражданскій искъ противъ публикановъ?

[2]) *Cohn*: loc. cit. стр. 213, 214 безъ всякаго основанія отрицаетъ, что этотъ эдиктъ примѣнялся и относительно furtum и injuria самихъ публикановъ. *Ульпіанъ* прямо говоритъ: L. 1. §. 4. Dig. hoc. tit.: „unde quaeritur, si quis velit cum *publicano* non ex hoc edicto, sed ex generali vi bonorum raptorum, *damni injuriae vel furti* agere, an possit? et placet posse"... Противъ *публикана*, совершившаго furtum или injuria, потерпѣвшій



Не подлежитъ также сомнѣнію, что между этимъ эдиктомъ и actio dupli, созданной эдиктомъ de publicanis, сначала не было никакой связи. Его первоначальное содержаніе состояло въ слѣдующемъ: если только удостовѣрялось какое либо furtum или damnum injuria datum, совершенное familia, завѣдующей дѣлами откупа, то публиканъ былъ обязанъ немедленно указать на виновнаго, чтобы подвергнуть его установленному наказанію. Неисполненіе такого требованія влекло за собою процессъ противъ самого хозяина, при чемъ послѣдній терялъ право на noxae deditio. Публиканъ, поэтому, не могъ подобно всякому другому хозяину, избавиться отъ тяжбы выдачею виновнаго раба *потерпѣвшему*. Производство должно было идти своимъ порядкомъ, и на публикана возлагалась обязанность возмѣстить всѣ убытки въ полномъ объемѣ. Цѣль эдикта состояла въ усиленіи отвѣтственности откупщиковъ за дѣйствія тѣхъ лицъ, которымъ они поручали свое дѣло и въ увеличеніи контроля надъ первыми.

L. 1. §. 6. L. 3. pr. Dig. hoc. tit. Ulpianus libro quinquagesimo quinto ad edictum: - „hoc proprium est hujus edicti, quod, si non exhibeantur servi, competit judicium sine noxae deditione" - L. 3 pr. „Jdcirco autem tam dura condicio eorum effecta est, quia debent bonos servos ad hoc ministerium eligere".

Впрочемъ, эдиктъ имѣетъ въ виду только проступки такихъ рабовъ, которые служатъ своимъ хозяевамъ по откупамъ. Если же furtum или damnum совершались рабомъ, не назначеннымъ „ad hoc ministerium", то о примѣненіи этого эдикта не могло быть и рѣчи.

L. 1. §. 5. Dig. hoc. tit. Ulpianus libro quinquagesimo ad edictum: „Proinde et si servus publicani rapuit, non tamen in ea familia constitutus, quae publico vectigali ministrat, hoc edictum cessabit".

При *Юстиніанѣ* состоялось сліяніе обоихъ эдиктовъ de familia publicanorum и de publicanis въ одно цѣлое. Вмѣстѣ съ тѣмъ actio in duplum была распространена на furtum и injuria, совершаемыя самимъ откупщикомъ, а не одними его слугами и рабами. Едва ли

можетъ предъявить или обыкновенныя actiones furti и injuriarum, или actio in duplum, установленную эдиктомъ de publicanis. Какое же еще нужно доказательство въ пользу того, что actio dupli, по крайней мѣрѣ по редакціи *Юстиніана*, преслѣдуетъ и furtum и damnum injuria datum *самихъ публикановъ?*



этотъ законъ, объединившій оба эдикта, слѣдуетъ разсматривать какъ ограниченіе правъ публикановъ. Нѣкоторое стѣсненіе можно было бы усмотрѣть развѣ въ опредѣленіи нормы вознагражденія за damnum injuria datum, такъ какъ обыкновенная actio injuriarum не сопровождалась подобно actio furti двойнымъ вознагражденіемъ за убытки, но въ случаѣ ея предъявленія, штрафъ назначался по усмотрѣнію суда[1]).

---

[1]) Съ тѣхъ поръ, какъ actio injuriarum появляется въ преторскихъ эдиктахъ, она носитъ характеръ actionis arbitrariae. Ср. L. 17. §. 5. Dig. de injuriis 47, 10. Ulpianus libro quinquagensimo septimo ad edictum: „Ait praetor arbitratu judicis": utique quasi viri boni",... О размѣрахъ штрафа мы не встрѣчаемъ никакихъ указаній, а процессуальная формула actionis injuriarum была направлена только на: „quantam pecuniam vobis *bonum aequum videbitur* ob eam rem Nm Nm A° A° condemnari".—См. *Lenel*: „Edictum perpetuum" стр. 321, и *Ihering*: „Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzung" въ Jahrbücher für Dogmatik. Томъ XXIII, стр. 155 и слѣд.



ПРОИСХОЖДЕНІЕ ТОВАРИЩЕСТВА И ЕГО ОТДѢЛЬНЫЕ ВИДЫ.

ГЛАВА ШЕСТАЯ.

Внутренняя организація societates vectigalium.

Цѣль societates publicanorum—откупа и подряды. Кѣмъ заключаются договоры sub hasta? Роль manceps'а по мнѣнію *Сальковскаго* и *Перниса.* Контрагентами казны являются publicani. Manceps, какъ представитель корпораціи публикановъ. Различныя названія manceps'а. Въ одномъ и томъ-же товариществѣ встрѣчаются иногда по нѣсколько manceps'овъ. Податные округа—publica. Manceps, какъ единственный контрагентъ казны. Внутреннее управленіе societates vectigalium. Общія собранія всѣхъ членовъ. Вліяніе магистра на общее собраніе. Дѣлопроизводствомъ товарищества публикановъ завѣдуютъ магистры. Отношеніе послѣднихъ къ manceps'амъ. Нѣсколько магистровъ во главѣ одного и того-же товарищества. Счетоводство и бухгалтерія товарищества. Operam dantes и servi publicanorum. Частноправныя товарищества въ связи съ societates publicanorum.

§ 1. Опредѣливъ общій юридическій характеръ и государственно-общественное значеніе товариществъ публикановъ, переходимъ къ разсмотрѣнію ихъ организаціи. Извѣстна цѣль образованія этихъ союзовъ: вступленіе въ договорныя отношенія съ казною. Такая цѣль соотвѣтствовала и потребностямъ самого правительства, нуждавшагося въ помощи откупщиковъ для разрѣшенія весьма многихъ задачъ финансоваго управленія.

Societates publicanorum возникаютъ весьма рано. Въ то время, когда о примѣненіи actio pro socio не могло быть и рѣчи, когда contractus societatis, можетъ быть, только зарождался, онѣ уже играли видную роль и имѣли довольно прочную организацію. Первыя досто-

вѣрныя извѣстія о нихъ относятся ко второй карѳагенской войнѣ; но, судя по тому значенію, которымъ societates publicanorum пользовались въ это время и по тому прочному положенію, которое обнаруживается въ ихъ переговорахъ съ сенатомъ, слѣдуетъ предполагать, что онѣ тогда уже успѣли пережить продолжительный процессъ развитія.

Правда, важнѣйшая отрасль ихъ промысла — откупъ — сталъ развиваться съ особымъ успѣхомъ лишь тогда, когда къ римской республикѣ присоединились провинціи. Откупъ податей имѣлъ главное значеніе во внѣиталійскихъ территоріяхъ, завоеванныхъ римскимъ народомъ. Подряды же и поставки—ultrotributa—отдавались казною уже гораздо раньше; можно даже думать, что такія сдѣлки не были чужды еще до-республиканскому періоду.

Мы не имѣемъ точныхъ свѣдѣній, заключались ли договоры съ казною—leges contractus—первоначально отдѣльными лицами или организованными ассоціаціями? Всего вѣроятнѣе, что ни тотъ, ни другой порядокъ не господствовалъ исключительно. Впослѣдствіи, несомнѣнно, преобладали *societates* vectigalium, хотя вмѣстѣ съ тѣмъ легко доказать, что даже въ позднѣйшія времена, въ особенности къ незначительнымъ откупамъ, въ качествѣ публикановъ, допускались и отдѣльные капиталисты [1]). Если же въ предпріятіи участвовала цѣлый союзъ—*societas* publicanorum, то можно спросить: кто тогда считался контрагентомъ казны, само ли товарищество, каждый ли членъ его въ отдѣльности, или одно какое-нибудь лицо, которое, уже по заключеніи legis contractus съ казною, сформировало вокругъ себя товарищество? На все это прольется надлежащій свѣтъ, когда выяснится роль, принадлежавшая sub hasta такъ назыв. manceps'у.

По предположенію нѣкоторыхъ авторитетныхъ изслѣдователей первоначально единственнымъ контрагентомъ казны считался manceps [2]), и уже впослѣдствіи вокругъ него образовались societates vectigalium,

---

[1]) L. 13. §. 1. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. L. 3. §. 1. Dig. de administr rer. ad civit. pert. 50, 8. L. 53. Dig. locati 19, 2. L. 11. Cod. de vectigalibus et commissis. 4, 61. Сюда можно отнести и L. 59. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Ср. *Brissonius*: „De verborum significatione". Halae 1743, pag. 773, ad hoc verbum.

[2]) См. *Salkowski*: „Quaestiones de jure societatis", стр. 32 и слѣд. къ нему присоединяется *Pernice*: Labeo. Томъ I, стр. 298. *Salkowski*: „Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen", стр. 29 и слѣд.

члены которыхъ не имѣли никакихъ непосредственныхъ отношеній къ правительству. Отвѣтственность будто бы лежала на одномъ manceps'ѣ, являвшемся, такимъ образомъ, единственнымъ кредиторомъ и должникомъ казны. Тѣ же ученые утверждаютъ, что значеніе manceps'a со временемъ нѣсколько измѣнилось, и что въ концѣ концовъ онъ превратился въ простаго представителя товарищества публикановъ, какъ юридическаго лица. Однако-жъ, это мнѣніе не подтверждается источниками, въ которыхъ мы не встрѣчаемъ указаній на какую бы то ни было коренную *перемѣну* въ положеніи manceps'a. Древніе писатели различныхъ временъ вездѣ одинаково характеризуютъ его роль и значеніе.

Кого же, спрашивается, выставляютъ источники непосредственнымъ контрагентомъ фиска? Кому же, отдаютъ цензоры или другіе магистраты подряды, поставки и право взимать vectigal? Нельзя не обратить вниманія на то, что древніе авторы указываютъ на публикановъ, какъ именно на тѣ лица, которыя заключаютъ сдѣлки съ казною.

L. 16. Dig. de verb. signif. 50, 16. Gajus libro tertio ad edictum provinciale: „Eum qui vectigal populi Romani conductum habet, publicanum appellamus. Nam publica appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit“ [1]).

То же почти буквально повторяетъ *Ульпіанъ*:

L. 12. §. 3. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Ulpianus libro trigensimo octavo ad edictum: „Publicani autem dicuntur, qui publica vectigalia habent conducta“.

Публиканомъ называется именно то лицо, которое, какъ conductor vectigalium, вступаетъ съ римскимъ народомъ въ договорныя отношенія.

„Et omnes, qui quod a fisco conducunt, recte appellantur publicani“, говоритъ *Ульпіанъ* еще въ другомъ мѣстѣ [2]).

Стало быть понятія „publicani“ и „conductores vectigalium“ считались вполнѣ тождественными. Отсюда возможенъ только

---

[1]) Ср. L. 13. pr. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4, гдѣ *Гай* повторяетъ то же самое въ тринадцатой книгѣ ad edictum provinciale.

[2]) L. 1. §. 1. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Ulpianus libro quinquagesimo quinto ad edictum.



одинъ выводъ: всѣ участники въ societates vectigalium считались, въ качествѣ публикановъ, непосредственными контрагентами казны. Всѣ члены союза дѣйствовали, при совершеніи сдѣлки, коллективно и отвѣчали передъ казною солидарно.

Такое положеніе вполнѣ подтверждается повѣствованіями *Тита Ливія* о договорахъ, заключенныхъ sub hasta. Во вторую карѳагенскую войну преторы объявили о поставкахъ для снабженія испанской арміи необходимыми припасами:

„Ubi ea dies venit, продолжаетъ Ливій, [1]) ad conducendum tres societates aderant hominum undeviginti, quorum duo postulata fuere: unum, ut militia vacarent, dum in eo publico essent: alterum, ut, quae in naves imposuissent, ab hostium tempestatisque vi publico periculo essent. Utroque impetrato, conduxerunt...

По вызову магистрата, въ качествѣ контрагентовъ казны, являются три товарищества въ числѣ девятнадцати членовъ. Всѣ эти девятнадцать лицъ принимаютъ дѣятельное участіе въ переговорахъ. Каждый изъ нихъ выговариваетъ въ видѣ особой льготы освобожденіе отъ воинской повинности, пока онъ будетъ состоять публиканомъ—dum in eo publico essent.—Правительство соглашается, предоставляя эту льготу *каждому изъ нихъ въ отдѣльности*, а потомъ всѣ они вмѣстѣ заключаютъ и скрѣпляютъ договоръ съ казною—utroque impetrato conduxerunt.—Мы не видимъ здѣсь лица, которое въ переговорахъ съ магистратомъ дѣйствовало бы единолично съ тѣмъ, чтобы послѣ сформировать вокругъ себя societas; напротивъ, въ данномъ случаѣ *всѣ члены товариществъ являются непосредственными контрагентами* фиска. Если же подобныя коллективныя дѣйствія всѣхъ участниковъ ассоціацій и могутъ показаться нѣсколько первобытными, то это вполнѣ естественно: societas publicanorum появлялась весьма рано, въ такое, можетъ быть, время, когда въ гражданскомъ правѣ на contractus societatis не было еще и намека. Можно даже думать, что эти союзы публикановъ образовались *безъ предварительнаго договора* между от-

---

[1]) Ab urbe condita lib. XXIII, cap. 49. Ср съ этимъ другія указанія источниковъ, по которымъ publicani также in corpore ведутъ переговоры съ сенатомъ; напр., T. Livii ab urbe condita lib. XXXIX, 44: Quas locationes quum senatus, *precibus* et lacrimis *publicanorum victus*, induci et de integro locari jussisset". Cicero: in Verrem act. II, lib. III, cap. 7: „Cum locatio fieret, *publicani postularunt*, quasdam res ut ad legem adderent...



дѣльными членами, и что ихъ связывала единственно солидарная отвѣтственность передъ казною. Publicani, такимъ образомъ, состояли корреальными кредиторами и должниками aerarium'a. Указанія на подобныя ихъ отношенія встрѣчаются даже у позднѣйшихъ юристовъ императорскаго періода [1]).

Мало по малу societates vectigalium начинаютъ получать весьма прочную организацію, постепенно превращаясь въ такіе союзы, съ которыми римскіе источники привыкли связывать понятіе „corpus habere". Несомнѣнно, что все это совершилось не сразу, а было результатомъ продолжительнаго процесса, который закончился во всякомъ случаѣ раньше *Цицерона*.

Необходимость твердой, сплоченной организаціи товариществъ публикановъ становилась особенно настоятельною съ тѣхъ поръ, какъ эти союзы начинали являться посредниками между правительствомъ республики и плательщиками податей въ провинціяхъ. Вопервыхъ, нужно было обезпечить казну. Такимъ обезпеченіемъ, пожалуй, могло быть и надежное поручительство [2]), но во всякомъ случаѣ неизбѣжны были большія средства для содержанія огромнаго штата служащихъ и всей вообще организацій, необходимой для успѣшнаго взиманія податей. Вмѣстѣ съ тѣмъ и доходность, а главнымъ образомъ, надежность этихъ предпріятій, сдѣлали ихъ весьма популярными, и всякій капиталистъ спѣшилъ такъ или иначе помѣщать свои деньги въ откупа.

---

[1]) L. 32. 33. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro secundo et libro trigensimo primo ad edictum: „Nam *cum tractatu* habito societas coita est, pro socio actio est, cum *sine tractatu in re ipsa* et *negotio, communiter gestum* videtur, ut in *conductionibus publicorum* item in emptionibus". *Ульпіанъ* указываетъ здѣсь именно на тотъ случай, когда единственною связью между публиканами, не заключившими предварительнаго договора товарищества, является общая сдѣлка съ казною. Съ его точки зрѣнія, сложившейся подъ вліяніемъ contractus societatis и преторскаго иска (actio pro socio), трудно было въ данномъ случаѣ усмотрѣть настоящее товарищество. Первоначально же, можно думать, такихъ предварительныхъ договоровъ, относительно товариществъ публикановъ, не требовалось, тѣмъ болѣе, что эти ассоціаціи всегда сформировались и существовали независимо отъ частноправнаго contractus societatis.

[2]) Обыкновенно казна довольствовалась представленіемъ надежныхъ поручителей— praedes. Ср. Varro: de lingua latina V, 40 „Praedia dicta, item ut praedes, a praestando, quod ea pignore data publice mancupis fidem praestent". Festus: de verborum significatione verb. manceps: „qui idem praes dicitur, qui tam debet praestare populo, quod promisit, quam is, qui pro eo praes factus est" ibid. verb. praes: „Praes est is, qui populo se obligat interrogaturque a magistratu, si praes sit; ille respondet: praes". Ср. и Cicero: de domo sua ad pontifices oratio, cap. 18, in fin. L. 16. §. 12. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. L. 3. §. 1. Dig. de administr. rer. ad civit. pert. 50, 8.

Благодаря такимъ обстоятельствамъ быстро увеличивалось число участниковъ въ товариществахъ. Столь широкое развитіе societates vectigalium, а въ связи съ этимъ и признаніе ихъ корпораціями привело къ тому, что коллективные переговоры всѣхъ публикановъ съ казною становились неудобными и лишними. Главное преимущество, отличительная черта корпорацій состояло именно въ томъ, что онѣ имѣли своихъ постоянныхъ представителей, дѣйствующихъ отъ лица всего союза [1]), и не было, конечно, никакого основанія не распространить такое преимущество и на societates vectigalium. Послѣ пріобрѣтенія этими товариществами корпоративной организаціи, контрагентами фиска стали являться уже не отдѣльные публиканы, хотя и дѣйствовавшіе сообща, но вся ихъ корпорація, какъ одинъ самостоятельный субъектъ; представителемъ же послѣдней выступаетъ manceps. Не смотря на то, что съ этихъ поръ контрагентомъ казны считается вся societas publicanorum, предъ лицомъ магистрата sub hasta фигурируетъ одинъ только manceps. Въ знакъ принятія предложеній казны онъ поднимаетъ руку (digitum tollit [2]); въ этомъ смыслѣ въ источникахъ онъ иногда и называется auctor emptionis [3]). О манцепсѣ всегда упоми-

[1]) L. 1. §. 1. Dig. quod cujuscumque universitatis nomine 3, 4.

[2]) Festus: de verborum significatione, verb. manceps: „Manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve, quia manu sublata significat, se auctorem emptionis esse". Cicero: in Verrem act. II, lib. III, cap. 11. „Utrum est aequius decumanum petere an aratorem repetere?... Eum qui manu quasierit, an eum, qui *digito sit licitus*, possidere"? Другими словами: что же справедливѣе, чтобъ decumanus, т. е. manceps, взыскивалъ, или чтобы пахарь требовалъ обратно то, что у него отняли незаконно. Справедливѣе ли, чтобы доходами земли пользовался тотъ, кто ихъ пріобрѣлъ трудомъ своихъ рукъ или тотъ, кто пріобрѣтаетъ свое право *поднятіемъ пальца* на торгахъ.

[3]) Festus: loc. cit. verb manceps въ примѣч. 2. Съ перваго взгляда manceps дѣйствительно могъ показаться контрагентомъ казны, но тѣмъ не менѣе едва ли можно было говорить о немъ, что онъ „emit conducitve", ибо настоящими conductor'ами всегда были товарищи въ ихъ совокупности. Подобныя неточности часто встрѣчаются у писателей-неюристовъ. Правильнѣе называть манцепса „auctor conductionis", такъ какъ всетаки ему принадлежала полная иниціатива по всѣмъ дѣламъ откупа. На это несомнѣнно указываютъ и слова *Цицерона*: pro Cn. Plancio oratio cap. 13: „Sed cum sit Cn. Plancius is eques Romanus- - - maximarum societatum *auctor*, plurimarum magister". Такую же роль манцепса характеризуетъ и юристъ *Помпоній*: L. 59. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Pomponius libro duodecimo ad Sabinum: „in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicujus,- - - Quid enim, si is mortuus sit, *propter cujus operam maxime societas coita sit* aut sine quo societas administrari non possit?" То лицо, благодаря стараніямъ кото-

нается въ связи съ публиканами [1]) и нигдѣ не говорится о томъ, чтобы онъ когда либо дѣйствовалъ самостоятельно, какъ отдѣльный контрагентъ. Можно думать, что этотъ институтъ вообще возникъ относительно поздно и получалъ практическое примѣненіе только по мѣрѣ того, какъ развивалось корпоративное устройство самихъ товариществъ откупщиковъ.

Смотря по роду откупа mancipes носятъ различныя названія. Представители тѣхъ товариществъ, которыя брали на откупъ decimae, т. е. десятинныя подати въ провинціяхъ, называются decumani. Эти-то decimae приносили огромный доходъ, а откупщики, снимавшіе ихъ, занимали въ своей средѣ наиболѣе видное положеніе. Кромѣ decumani мы можемъ отмѣтить еще два названія: portitores—тѣ mancipes, товарищества которыхъ брали на откупъ таможенныя пошлины въ портовыхъ городахъ, и pecuarii, товарищества которыхъ держали на откупу оброкъ съ государственныхъ земель—scriptura [2]).

Случалось, что одна и та же societas vectigalium снимала сразу на откупъ по нѣсколько различныхъ податей, такъ, напр., когда пропреторомъ Сициліи былъ извѣстный своимъ лихоимствомъ и корыстолюбіемъ Verres, таможенныя пошлины (portus) и оброкъ съ государственныхъ земель (scriptura) въ его провинціи эксплоатировались однимъ и тѣмъ же товариществомъ [3]). Надо полагать, что названныя статьи были отданы на откупъ этой компаніи на *различныхъ условіяхъ*, а слѣдовательно тутъ-же возможенъ былъ рядъ *отдѣльныхъ договоровъ*, въ которыхъ, какъ представители союза, выступали *нѣсколько различныхъ* manceps'овъ. Съ другой стороны одинъ и тотъ-же налогъ могъ быть взимаемъ не сразу со всей провинціи, а по округамъ, на которые раздѣлялась территорія послѣдней. Эти

раго образовалось товарищество, это именно manceps, такъ назыв. „auctor emptionis“; онъ какъ бы душа всей societas, главный ея дѣятель и администраторъ.

[1]) Это подтверждается опредѣленіемъ Псевдо-Асконія: in Ciceronis divinationem §. 33: „Mancipes sunt *publicanorum principes*, Romani homines, qui quaestus sui causa si decumas redimunt, decumani apellantur, si portum aut pecora publica, portitores aut pecuarii, quorum ratio scriptura dicitur“. *Bruns:* „Fontes juris Romani antiqui“, pag. 396.

[2]) Pseudo-Asconius: loc. cit. выше въ примѣч. 1.

[3]) Cicero: in Verrem act. II, lib. II, cap. 70: „portum autem et scripturam *eadem societas* habebat“.



округа такъ наз. publica [1]), какъ цѣльныя податныя единицы, отдавались sub hasta на основаніи отдѣльныхъ условій, и доходъ съ нихъ

[1]) Cicero: in Verrem act. II, lib. III, cap. 71: „(Vettius) misit litteras in Siciliam ad Carpinatium, cum esset magister scripturae et *sex publicorum*"—(*Salkowski*—„Quaestiones" стр. 16, прим. 1--читаетъ ошибочно „magister scripturae et ejus societatis publicanorum"). Извѣстно, что казна не отдавала на откупъ всѣхъ податей цѣлой провинціи по одному договору. Это подтверждается и тѣмъ обстоятельствомъ, что не рѣдко въ одной и той же провинціи можно было встрѣтить по нѣсколько societates vectigalium, производившихъ операціи независимо другъ отъ друга—ср. Cicero: epistolarum ad familiares lib. XIII, epist. 9, Вмѣстѣ съ тѣмъ и область податей, взятыхъ однимъ товариществомъ на откупъ, распредѣлялась на отдѣльные участки, которыми управляли такъ назыв. magistri или promagistri. Спрашивается, какое было отношеніе правительственныхъ податныхъ округовъ къ участкамъ, установленнымъ самими публиканами для болѣе успѣшнаго веденія своего дѣла? Совпадали ли они, а если нѣтъ, то къ которому именно изъ нихъ относится терминъ „publicum"? На первый вопросъ можно не колеблясь отвѣтить отрицательно. Казна и откупщики преслѣдовали въ эксплоатаціи данной провинціи различныя цѣли и руководствовались неодинаковыми видами. Стало быть совпаденіе податныхъ округовъ, установленныхъ правительствомъ съ округами установленными публиканами, могло произойти только случайно. Что же касается вопроса, къ чему относится терминъ „publicum", то едва ли подлежитъ сомнѣнію, что подъ этимъ подразумѣваются одни только правительственные округа. Правда, вышеприведенная цитата изъ рѣчи противъ Верреса не разъясняетъ этого вопроса вполнѣ. Судя по словамъ Цицерона „sex publicorum", во главѣ которыхъ стоялъ Vettius, могли быть и податными участками публикановъ. Намъ же кажется, что самый терминъ „publicum" заключаетъ въ себѣ понятіе, относящееся къ сферѣ государственнаго права. Онъ встрѣчается еще и въ преторскомъ эдиктѣ „de publicanis et vectigalibus" и тамъ употребленъ въ смыслѣ, устраняющемъ всякое возраженіе: L. 1. pr. Dig. hoc. tit. 39, 4. Ulpianus libro quinquagesimo quinto ad edictum: „Praetor ait: „Quod publicanus *ejus publici nomine* vi ademerit - - - judicium dabo". Въ силу эдикта публиканъ отвѣчаетъ за всякое насиліе, совершенное въ томъ мѣстѣ, гдѣ онъ состоитъ откупщикомъ. До участковъ, распредѣленныхъ товариществомъ публикановъ, претору не было дѣла, поэтому слова эдикта должны имѣть въ виду область, отданную казною на откупъ тому товариществу, къ которому принадлежитъ провинившійся публиканъ. Насиліе же, совершенное имъ въ publicum, не входившемъ въ раіонъ его откупа, не разсматривалось какъ vis *publicani*, а какъ проступокъ частнаго лица, предусмотрѣнный эдиктомъ vi bonorum raptorum. Наконецъ *Ульпіанъ* въ своихъ комментаріяхъ къ преторскому эдикту называетъ публиканами тѣ лица, которыя эксплоатируютъ отданное имъ казною на откупъ „publicum": L. 1. §. 1. Dig. hoc. tit. 39, 4: „Hic titulus ad publicanos pertinet. Publicani autem sunt, qui publico fruuntur (nam inde nomen habent) ср. L. 34. §. 1. Dig. ex quibus causis majores 4, 6. Смѣемъ думать, что наше толкованіе можетъ разрѣшить всѣ сомнѣнія, высказанныя *Cohn*'омъ: loc. cit. стр. 211, 212 по поводу словъ эдикта: „ejus publici nomine". Всѣ шаткія комбинаціи этого автора, относящіяся къ вставкѣ вышеприведенной фразы, оказываются, по меньшей мѣрѣ, лишними. См. также *Lenel*: „Edictum perpetuum" стр. 311, примѣч. 9. О частяхъ publicorum ср. Cicero: oratio pro Rabirio Postumo cap. 2: „Multa gessit; multa contraxit; magnas partes habuit publicorum".

являлся предметомъ leges contractus между казною и публиканами. Одна и та же societas vectigalium могла сосредоточить въ своихъ рукахъ эксплоатацію нѣсколькихъ такихъ publica, при чемъ опять таки представителями передъ казною по различнымъ договорамъ могли выступать и различные mancipes. Этимъ можно объяснить, какъ иногда во главѣ одного и того же товарищества бывало по два и болѣе декумановъ, портиторовъ и т. п. [1]).

Таково въ общихъ чертахъ было значеніе manceps'а пока процвѣтали товарищества публикановъ, т. е. въ концѣ республиканскаго періода и въ первые вѣка принципата. Но по мѣрѣ того, какъ императорское правительство старалось обходиться безъ этихъ посредниковъ, управляя податною частью при помощи своихъ собственныхъ органовъ, характеръ публикановъ сильно измѣнился. Они замѣтно начали мельчать и по неимѣнію крупныхъ предпріятій большіе союзы откупщиковъ становились все рѣже и рѣже, постепенно исчезая. Вмѣсто нихъ тѣ небольшіе откупа, которые казна продолжала отдавать въ частныя руки, снимали мелкіе дѣльцы, дѣйствовавшіе только отъ своего имени и не принадлежавшіе ни къ какой ассоціаціи. По старому обычаю за этими контрагентами казны сохраняется прежнее названіе manceps'а, хотя они уже не служатъ представителями союзовъ, и поэтому не могутъ разсматриваться, какъ principes publicanorum. Позднѣйшіе юристы, а равно и законы императорскаго періода нерѣдко упоминаютъ о подобныхъ случаяхъ [2]). По прежнему тотъ, кто является на торги, въ знакъ своего согласія подымаетъ руку —manum, digitum tollit,—но группировавшагося вокругъ него прежняго товарищества уже нѣтъ.

§ 2. Объяснивъ тѣ порядки, которые въ различныя времена соблюдались при заключеніи договоровъ между публиканами и казною, и ту роль, которую въ этомъ дѣлѣ играли mancipes, мы разсмотримъ внутреннее управленіе societates vectigalium.

---

[1]) Cicero: in Verrem act. II, lib. II, cap. 71: „multitudine sociorum remota *decumanos* convocat“.

[2]) L. 11. Cod. de vectigalibus et commissis. 4, 61. Impp. Arcadius et Honorius A. A. Lampadio pp.: „Si quis sine persona *mancipum*, id est *salinarum conductorum*, sales emerit vendereve temptaverit - - - sales ipsi una cum eorum pretio mancipibus addicantur“ ср. также L. 13. §. 1. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. L. 3. §. 1. Dig. de administr. rerum ad civitat. pertinentium. 50, 8 и др.

Главное руководство дѣлами принадлежало общимъ собраніямъ всѣхъ членовъ, постановленія которыхъ [1]) считались выраженіемъ воли союза, какъ самостоятельнаго субъекта правъ. Назначеніе времени собраній и опредѣленіе предметовъ занятій зависѣло отъ усмотрѣнія тѣхъ лицъ, которыя завѣдывали дѣлами товарищества—манцепсовъ или магистровъ, такъ какъ только они были въ курсѣ текущихъ вопросовъ и, слѣдовательно, могли знать, какіе именно подлежали безотлагательному обсужденію и разсмотрѣнію. О количествѣ товарищей, которое должно было присутствовать для того, чтобы общее собраніе считалось состоявшимся, мы не имѣемъ свѣдѣній. Можно думать, что относительно этого подобно тому, какъ и относительно народныхъ собраній въ Римѣ, не существовало точныхъ предписаній. Предполагалось, что ни одинъ публиканъ не упуститъ случая лично повліять посильно на ходъ общаго дѣла. Больше слѣдуетъ удивляться тому обстоятельству, что нѣтъ нигдѣ указаній относительно порядка объявленія товарищамъ о засѣданіяхъ. Кажется, что все это вполнѣ зависѣло отъ усмотрѣнія манцепса или магистра, по инициативѣ которыхъ общее собраніе должно было состояться. Весьма характеренъ слѣдующій случай. Сицилійскій пропреторъ Верресъ настойчиво хлопоталъ объ устраненіи бумагъ, доказывающихъ его подкупность изъ архива одного товарищества публикановъ. Но для этого требовалось согласіе общаго собранія, на которое разсчитывать было трудно, въ особенности, если бы присутствовали всѣ члены корпораціи. Поэтому магистръ Carpinatius, игравшій роль ловкаго посредника во всѣхъ нечистыхъ и противозаконныхъ аферахъ Верреса съ публиканами, созвалъ собраніе однихъ декумановъ, на сговорчивость и податливость которыхъ онъ могъ полагаться—multitudine sociorum remota [2]). Благодаря такой мѣрѣ, Carpinatius и достигъ желанной цѣли. Хотя *Цицеронъ* въ своей знаменитой обвинительной рѣчи неоднократно жаловался на это постановленіе, но съ формальной точки зрѣнія оспорить его не могъ [3]).

---

[1]) „Voluntas, decretum sociorum". Cicero: in Verrem act. II, lib. II, cap. 71, 72.

[2]) *Cicero:* in Verrem act. II, lib. II, cap. 71: „Itaque ille (sc. Carpinatius) multitudine sociorum remota decumanos convocat, rem defert: statuunt illi atque decernunt, ut eae litterae, quibus existimatio C. Verris laederetur, removerentur operaque daretur, ne ea res C. Verri fraudi esse posset".

[3]) *Cicero*: loc. cit. act. II, lib. II, cap. 72, 73, 75, 76 и др.



Дѣлопроизводствомъ товарищества завѣдывали такъ назыв. magistri publicanorum, они же были постоянные представители союза. Ихъ отношенія къ манцепсамъ опредѣлялись такимъ образомъ, что послѣдніе какъ auctores societatis[1]) принимали участіе въ образованіи товарищества и въ заключеніи leges contractus съ казною. Этимъ обыкновенно и кончалась ихъ активная роль, между тѣмъ какъ магистръ являлся во главѣ товарищества, *уже состоявшагося*. Случалось однако, что mancipes, сформировавъ товарищество, не слагали съ себя полномочій и принимали дѣятельное участіе въ управленіи общими дѣлами, руководя всѣми предпріятіями союза[2]). Въ этомъ то смыслѣ они и называются у *Цицерона* и другихъ писателей „principes или quasi senatores publicanorum“ [3]). Несомнѣнно, поэтому, что одно и то же лицо могло сначала, какъ manceps, быть auctor'омъ societatis и вести всѣ переговоры съ фискомъ, а потомъ въ качествѣ магистра состоять постояннымъ представителемъ корпораціи и управлять ея дѣлами. Такой примѣръ встрѣчается у *Цицерона*:

> Pro Cn. Plancio oratio cap. 13: „Sed cum sit Cn. Plancius is eques Romanus - - - maximarum societatum *auctor*, plurimarum *magister*“.

Magister societatis избирался на опредѣленный срокъ, вѣроятно, на одинъ годъ[4]) изъ числа самихъ публикановъ. Нерѣдко во главѣ болѣе обширныхъ товариществъ являлись по нѣсколько магистровъ[5]). Они составляли, быть можетъ, нѣчто въ родѣ совѣта, распоряжавшагося текущими дѣлами[6]). Съ другой стороны, и раздѣленіе труда было необходимо въ товариществахъ, снимавшихъ на откупъ по нѣсколько различныхъ статей, какъ-то: decima, scriptura portorium и т. п. Мы знаемъ, что, напр., родственникъ и другъ пресловутаго Вер-

---

[1]) См. *Festus*: de verborum significatione, verb. „manceps“ и другія цитаты приведенныя нами на стр. 121, въ примѣч.

[2]) Подобно тому, какъ въ современномъ быту нерѣдко первоначальные учредители акціонернаго общества впослѣдствіи состоятъ членами его правленія.

[3]) Cicero: in Verrem act. II, lib. II, cap. 71: „Decumani, hoc est, principes et quasi senatores publicanorum“. Pseudo-Asconius: in Ciceronis divinationem § 33. cit. выше на стр. 122, въ примѣч. 1.

[4]) *Цицеронъ* часто говоритъ о лицахъ, „qui tum, eo ipso anno magistri fuerunt“, ср. in Verrem act. II, lib. II, cap. 74, lib. III, cap. 72. Того же мнѣнія и *Salkowski*: „Quaestiones“ стр. 15.

[5]) Cicero: in Verrem act. II, lib. III, cap. 71, 72. *Salkowski*: loc. cit. стр. 16, примѣч. 1.

[6]) Того же мнѣнія *Salkowski*: loc. cit.



реса magister Vettius, состоя при scriptura, вмѣстѣ съ тѣмъ надзиралъ надъ sex publicorum (sc decimae [1]). Магистрами велись всѣ сношенія, какъ съ отдѣльными лицами, такъ и съ цѣлыми общинами по дѣлу взноса ими податей и налоговъ [2]).

Magister былъ представителемъ societas vectigalium на судѣ; онъ исполнялъ въ этомъ отношеніи обязанности такъ назыв. actor'а или syndicus'а: „per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat [3]).

Много труда и вниманія требовали счетоводство и бухгалтерія товарищества. Соотвѣтственно обширности операцій, дѣлопроизводство societates publicanorum отличалось, какъ свидѣтельствуетъ *Цицеронъ*, большою сложностью [4]). Прежде всего выдѣляются приходо-расходныя книги—tabulae accepti et expensi. Эти книги пользовались общественнымъ довѣріемъ и считались какъ бы оффиціальными документами, не подлежавшими произвольному распоряженію не только отдѣльныхъ публикановъ, но даже ихъ общихъ собраній [5]). По принятому порядку въ этихъ книгахъ велись особые счеты—rationes—отдѣльныхъ лицъ, соприкасавшихся съ операціями товарищества. Такой счетъ былъ, напр., у Верреса подъ ложною фирмою Верруція [6]).

Затѣмъ различаются еще книги и реестры входящихъ и исходящихъ бумагъ и писемъ—libri litterarum adlatarum et missarum.— Все это мы встрѣчаемъ не только въ главныхъ правленіяхъ товариществъ, пребывавшихъ обыкновенно въ Римѣ, но и магистры по провинціямъ обязаны были держать всѣ указанныя книги, при чемъ требовалось строгое соотвѣтствіе въ дѣлопроизводствѣ отдѣльныхъ конторъ [7]).

---

[1]) Cicero: in Verrem act. II, lib. III, cap. 71. cit. на стр. 123, въ примѣч. 1.

[2]) Cicero: in Verrem act. II, lib. III, cap. 47, epistolarum ad familiares lib. XIII, epist. 65 cit. на стр. 128, примѣч. 3.

[3]) L. 1. §. 1. Dig. quod cujuscumque universitatis nomine 3, 4.

[4]) Cicero: in Verrem act. II, lib. III, cap. 47: „ea est enim ratio decumanorum, ut sine plurimis litteris confici non possit...

[5]) cp. Cicero: pro Roscio Comoedo oratio cap. 1, epistolarum ad Atticum lib. IV, epist. 17, in Verrem act. II, lib. I, cap. 39, ibid. lib. II, cap. 76: *Цицеронъ* говоритъ здѣсь объ устраненіи рѣшеніемъ общаго собранія публикановъ важныхъ документовъ и продолжаетъ: „Nunc ad sociorum tabulas accepti et expensi, *quas removere* **honeste nullo modo** *potuerunt* - - - revertemur".

[6]) Cicero: in Verrem act. II, lib. II, cap. 77.

[7]) Cicero: in Verrem act. II, lib. III, cap. 71: „Misit litteras in Siciliam ad Carpinatium- - - quas ego Syracusis apud Carpinatium **in litterarum adlatarum libris**, Romae **in litterarum missarum**- - -inveni".

Отъ магистровъ отличаются лица, исправляющія ихъ должность, такъ назыв. promagistri. Этимъ послѣднимъ принадлежала вся компетенція магистровъ, какъ видно изъ того, напр., что Carpinatius, игравшій весьма дѣятельную роль во всѣхъ предпріятіяхъ товарищества, былъ только промагистромъ. Обыкновенно promagistri на ряду съ магистрами завѣдывали менѣе важными или не столь обширными участками.

Исполненіе нѣкоторыхъ своихъ многотрудныхъ и сложныхъ обязанностей магистры возлагали на состоявшій при нихъ штатъ наемниковъ (operam dantes) и рабовъ, такъ назыв. familia publicanorum. Объ этихъ operam dantes упоминается довольно часто [1]).

Ихъ разрядъ былъ весьма обширенъ и сюда входили лица, исполнявшія самыя разнообразныя функціи. Operam dantes служили часто, вмѣстѣ съ рабами, въ конторахъ товарищества [2]), состояли сборщиками податей, сторожами при заставахъ и портахъ. Бывали однако же и такіе случаи, что operam dans, стоявшій въ главѣ цѣлаго податнаго участка, исправлялъ должность магистра, являясь, такимъ образомъ, представителемъ всего товарищества и передъ властями въ провинціи и передъ ея населеніемъ. Подобную роль игралъ въ Битиніи P. Terentius Hispo, котораго Цицеронъ называетъ близкимъ лицомъ и своимъ другомъ [3]).

На рабовъ societates vectigalium обращаетъ вниманіе, между прочимъ, и преторскій эдиктъ, вмѣняя публиканамъ въ обязанность

---

[1]) Cicero: in Verrem act. II, lib. II, cap. 70: „Canulejus vero, qui in portu Syracusis operas dabat“,... epistolarum ad familiares lib. XIII, epist. 65, epistolarum ad Atticum lib. XI, epist 10. Valerii Maximi dictorum factorumque lib. VI, cap. IX, 8: „At P. Rupilius *non publicanum* in Sicilia egit, sed *operas publicanis dedit*“. L. 34. §. 1. Dig. ex quibus causis majores 4, 6 и др.

[2]) Cicero: in Verrem act. II, lib. II, cap. 77: „cur servus societatis, *qui tabulas conficeret*, semper in Verrucii nomine certo ex loco mendosus esset.“. Это такъ наз. tabellarii publicanorum, о которыхъ говоритъ *Цицеронъ*: epistolarum ad Atticum lib. V, epist. 15, de provinciis consularibus oratio cap. 5, pro lege Manilia cap. 6. Ср. Tit. Dig. de publicanis et vectigalibus et commissis. 39, 4.

[3]) Cicero: epistolarum ad familiares lib. XIII, epist 65: „Cum P. Terentio Hispone, qui operas in scriptura pro magistro dat, mihi summa familiaritas consuetudoque est“. Этотъ-же operam dans Terentius Hispo заключалъ отъ имени товарищества, у котораго онъ состоялъ на службѣ (societas scripturae), договоры съ городами въ провинціи: „Ejus summa existimatio agitur in eo, ut *pactiones cum civitatibus* reliquis conficiat“. Ср. Cicero: epistolarum ad Atticum lib. XI, epist. 10: „P. Terentius *meus necessarius*, opera in portu et scriptura Asiae pro magistro dedit“.



пользоваться при своихъ дѣлахъ рабами исправными и надежными, во избѣжаніе столкновеній съ публикой [1]).

§ 3. Въ связи съ societas vectigalium, какъ съ институтомъ публичнаго права, мы нерѣдко встрѣчаемъ товарищества съ характеромъ строго частноправнымъ. Какъ мы видѣли, каждый публиканъ при заключеніи leges contractus считался контрагентомъ казны и отвѣчалъ передъ ней in solidum всѣмъ своимъ имуществомъ. Постановленія императоровъ неоднократно подтверждаютъ основанное на законѣ залоговое право казны, которое обнимало все настоящее и будущее состояніе публикана, omnia quae habet, habiturusque est [2]). Въ этихъ отношеніяхъ къ фиску не допускались никакія измѣненія и впослѣдствіи, когда товарищества откупщиковъ начали получать прочную организацію, постепенно превращаясь въ союзы съ правомъ corpus habere. Хотя съ тѣхъ поръ во всѣхъ процессахъ и въ различныхъ другихъ правоотношеніяхъ съ третьими лицами магистръ выступалъ представителемъ *всей корпораціи* [3]), тѣмъ не менѣе казна никогда не признавала societas vectigalium *въ ея совокупности* своимъ должникомъ, а до самыхъ позднѣйшихъ временъ смотрѣла на *отдѣльныхъ публикановъ*, какъ на *лица*, *отвѣтственныя* предъ нею.

Откупщики участвовали въ товариществѣ взносомъ извѣстной доли капитала, соразмѣрно съ которою опредѣлялась и ихъ прибыль въ общемъ предпріятіи. Для составленія такихъ взносовъ каждый публиканъ лично отъ себя могъ приглашать и постороннихъ лицъ, образуя съ ними отдѣльныя частноправныя товарищества типа societas unius negotiationis.

Socii такого рода или, какъ ихъ въ одномъ мѣстѣ называетъ *Титъ Ливій*, affines не считались публиканами и, поэтому, не имѣли никакихъ правоотношеній ни съ казною, ни съ тѣми членами societas

---

[1]) L. 8. pr. Dig. de publicanis et vectigalibus 39, 4. Ulpianus libro qinquagensimo quinto ad edictum: - - „debent bonos servos ad hoc ministerium eligere".

[2]) Ср. приведенныя нами цитаты выше на стр. 94, 95.

[3]) Быть можетъ, въ представительствѣ такого рода именно и слѣдуетъ видѣть первые зачатки юридическаго лица, какъ искуственнаго субъекта правъ. Ср. *Jhering*: „Der Geist des römischen Rechts". Томъ III, стр. 219.

vectigalium, которые не вступали съ ними въ договоръ товарищества [1]).

Подобное косвенное участіе въ откупахъ имѣло свои несомнѣнныя преимущества: благодаря ему, изъ откупной системы могли извлекать выгоды и мелкіе капиталисты, не обладавшіе достаточными средствами, чтобы являться на торгахъ—sub hasta. Сверхъ того socius publicani, или такъ наз. affinis подвергался несравненно меньшему риску во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда откупъ не только не приносилъ предполагаемаго барыша, но даже кончался пассивомъ: hypotheca generalis казны распространялась на все имущество *однихъ только публикановъ*, что же касается отвѣтственности affines, то она опредѣлялась лишь договоромъ, заключеннымъ съ товарищемъ-откупщикомъ. Но было еще одно обстоятельство, которое не мало содѣйствовало распространенію этого института. Въ такія частныя сдѣлки съ отдѣльными публиканами нерѣдко вступали лица изъ высшей аристократіи и сенаторскаго сословія, считавшія для себя предосудительнымъ являться на торгахъ открыто и участвовать непосредственно въ предпріятіяхъ откупщиковъ [2]). Мы знаемъ, между прочимъ, что одно время и Цезарь обладалъ паями societas vectigalium [3]).

---

[1]) Ab urbe condita lib. XLIII, cap. 16: Цензоры C. Claudius Pulcher и Tib. Sempronius Gracchus устраняютъ отъ торговъ sub hasta всѣхъ тѣхъ лицъ, которыя при цензорахъ истекшаго пятилѣтія принимали прямое или косвенное участіе въ redemptiones vectigalium aut ultrotributorum: „Ne quis eorum, qui Q. Fulvio, A. Postumio censoribus publica vectigalia aut ultro tributa conduxissent, ad hastam suam accederet, sociuse aut affinis ejus conductionis esset". Эти слова *Ливія* какъ бы противорѣчатъ нашему положенію, что affines не имѣли никакой связи съ казною, ибо, если они не вступали съ нею ни въ какія отношенія, то откуда-же могло быть извѣстно цензору существованіе косвенныхъ участниковъ въ откупѣ? Но подобное возраженіе едва ли основательно: цензоръ во всѣхъ своихъ распоряженіяхъ руководствовался однимъ только субъективнымъ убѣжденіемъ, не нуждаясь ни въ какихъ доказательствахъ для оправданія своихъ мѣръ. Ср. Cicero: in Verrem act. II, lib. I, cap. 55: „Qui de L. Marcio M. Perperna censoribus...., socium ne admittito neve partem dato neve redimito".

[2]) Еще въ императорскій періодъ встрѣчаются законы, запрещающіе знати (nobiliores et ditiores) заниматься торгово-промышленными предпріятіями. L. 3. Cod. de commerciis et mercatoribus. 4, 63. Ср. L. 1 pr. Cod. de naturalibus liberis. 5, 27 и Cicero: de officiis lib. I, cap. 42.

[3]) Cicero: in P. Vatinium testem interrogatio cap. 12: „Eripuerisne partes illo tempore carissimas partim a *Caesare*, partim a publicanis?" Такимъ косвеннымъ образомъ уча-

Независимо отъ тѣхъ договоровъ товарищества, которые отдѣльные publicani могли заключать съ посторонними контрагентами, и самыя societates vectigalium съ цѣлью увеличенія своего оборотнаго капитала стали со временемъ раздавать паи (partes) лицамъ, не принадлежащимъ къ числу публикановъ [1]).

Въ современной юридической литературѣ встрѣчаются иногда сравненія между этимъ косвеннымъ участіемъ въ откупахъ и коммандитнымъ товариществомъ нынѣшняго торговаго права [2]). Подобный взглядъ слѣдуетъ считать неосновательнымъ, такъ какъ между этими двумя понятіями нѣтъ никакой связи, ни внутренней, ни исторической. Косвенное участіе посторонняго лица въ откупахъ основывалось на contractus societatis, заключенномъ съ отдѣльнымъ публиканомъ, такъ что откупъ для affinis какъ бы не существовалъ. Взаимныя отношенія контрагентовъ въ такомъ случаѣ имѣли значеніе обыкновенной *открытой* societas unius negotiationis, предметъ которой опредѣлялся только долею публикана въ redemptio vectigalium. Коммандитная же компанія предполагала бы *скрытое участіе* affinis въ самомъ откупѣ. Съ тѣхъ поръ, какъ societates vectigalium стали отъ себя раздавать partes, характеръ такого косвеннаго участія

ствовали въ откупахъ вообще люди, желавшіе извлекать изъ своихъ капиталовъ выгоды, не слишкомъ отдаваясь торгово-промышленнымъ спекуляціямъ. Подобнымъ примѣромъ можетъ служить другъ Цицерона Atticus, извѣстный своими научными и эстетическими наклонностями. Ср. Cornelii Nepotis vita Attici: „Nunquam ad hastam publicam accessit, nullius rei neque praes neque manceps factus fuit, sed tamen *partes in vectigalibus* habuit? Cicero: pro C. Rabirio Postumo oratio cap. 2: „Multa gessit multa contraxit; magnas *partes* habuit publicorum": nec interea locupletare amicos suos umquam destitit, mittere in negotium, *dare partes*, augere re, fide sustentare. См. Cicero: in Verrem act. II, lib. I, cap. 55, cit. О *pars* въ откупѣ говоритъ и L 59. pr Dig. pro socio. 17, 2:... „si *pars* defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit."..., но тутъ рѣчь идетъ очевидно о долѣ самого публикана въ общемъ предпріятіи. На обладателей partes, принимающихъ косвенное участіе въ откупахъ, указываетъ законъ *Діоклетіана*: L. un. Cod. de conductoribus vectigalium fisci. 10, 57 (56) Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Punico: „Non alias a muneribus et honoribus vacationem habere, quamqui mancipatum *suo nomine* vectigal a fisco conducunt, certum est. Quare eos, qui ab his quaedam exercenda accipiunt, nullis privillegiis esse munitas haud dubii juris est. cp. L. 8. §. 1. Dig. de vacat. et excusat. muner. 50, 5.

[1]) Того же мнѣнія *Сальковскій*: „Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen", стр. 40.

[2]) *Rössler* въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Томъ IV, стр. 298 и слѣд. Ср. наше замѣчаніе выше на стр. 5, Nota 1.



нѣсколько измѣнился. Весьма сомнительно, чтобы раздачѣ паевъ предшествовало заключеніе договора товарищества (affectus societatis [1]). Вѣрнѣе всего, посторонніе обладатели partes считались просто заимодавцами и значились таковыми по книгамъ товарищества [2]).

---

[1]) Современные ученые сравниваютъ такія partes съ акціями. Этою мыслью увлекались, главнымъ образомъ, филологи ср. *Orelli* ad. lic. inP. Vatinium cit. y *Schmid* „Ueber die sog. Genossenschaften" въ Archiv für die civilist. Praxis. Томъ XXXVI, стр. 166. *Marquardt*—въ Beckers „Handbuch der römischen Alterthümer". Томъ III, отд. 2, стр. 217—даже называетъ societates vectigalium „Actiengesellschaften". Гораздо осторожнѣе выражаются по этому поводу юристы. Ср. *Fick:* „Ueber Begriff und Geschichte der Actiengesellschaften" въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Томъ VI, стр. 23. *Becker:* „Zweckvermögen, insbesondere Peculium, Handelsvermögen uud Actiengesellschaften", въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Томъ IV, стр. 559. *Schmid*: loc. cit. стр. 166. *Salkowski*: „Quaestiones de jure societatis", pag. 66. Мы не можемъ согласиться съ *Сальковскимъ*, что разрѣшалась свободная передача такихъ partes изъ рукъ въ руки. См. того-же автора „Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen", стр. 39. Подобная передача рѣзко противорѣчила бы взглядамъ и древне-римскаго законодательства и классическаго правовѣдѣнія, не допускавшихъ ея ни для какого обязательства.

[2]) Cicero: in Verrem act. II, lib. II, cap. 77. Несомнѣнно, что Verres подъ псевдонимомъ Verrucius'а скрыто участвовалъ въ операціяхъ societates vectigalium ввѣренной ему провинціи. Весьма вѣроятно, что онъ даже обладалъ паями товариществъ и поэтому былъ внесенъ, какъ кредиторъ, въ книги послѣднихъ: „In his tabulis magnam rationem C Verrucii permultis nominibus esse".

ОТДѢЛЪ ВТОРОЙ.

ОТНОШЕНІЯ ТОВАРИЩЕСТВА КЪ ЛИЦАМЪ ПОСТОРОННИМЪ.

ГЛАВА СЕДЬМАЯ.

Товарищество и корпорація.

Отличіе товарищества отъ корпораціи въ современной наукѣ. Взглядъ юристовъ-классиковъ на этотъ вопросъ. Communis arca, res communes—основаніе юридическаго лица. Порядокъ защиты интересовъ communis arca. Выдѣленіе обязательствъ корпораціи отъ обязательствъ отдѣльныхъ ея членовъ не считается основнымъ принципомъ, оно примѣняется лишь къ universitates. Значеніе термина universitas въ источникахъ. Насколько contractus societatis могъ способствовать образованію самостоятельнаго фонда товарищества. Значеніе этого вопроса въ societas omnium bonorum, въ societas unius negotii, unius rei и unius negotiationis: L. 58. §. 1. и L. 60. §. 1. Dig. pro socio. 17, 2. Различіе взглядовъ *Лабеона* и позднѣйшихъ юристовъ.

§ 1. Науку давно занимаетъ вопросъ о различіи между *корпораціею* и *товариществомъ*. Взаимныя отношенія этихъ двухъ союзовъ представляютъ не только значительный теоретическій интересъ, но и интересъ практическій. Послѣдній возрастаетъ въ особенности вслѣдствіе того, что нѣкоторые современные кодексы, допуская возникновеніе юридическаго лица безъ формальнаго утвержденія со стороны правительства, тѣмъ самымъ до извѣстной степени сглаживаютъ всякую внѣшнюю разницу между обоими понятіями. Вообще теорія, утверждающая, что юридическое лицо не есть созданіе государственной власти, а возникаетъ независимо отъ послѣдней, пріобрѣтаетъ все

болѣе и болѣе приверженцевъ не только среди представителей науки, но и среди юристовъ-практиковъ и законодателей [1]).

Современные пандектисты отличіе корпораціи отъ товарищества находятъ, главнымъ образомъ, въ томъ, что за долги, сдѣланные въ интересахъ послѣдняго, отвѣчаетъ всѣмъ своимъ имуществомъ каждый изъ участниковъ; между тѣмъ обязательства корпораціи не ложатся на личную отвѣтственность ея отдѣльныхъ членовъ [2]). Съ этимъ можно согласиться вполнѣ, если только судить по тому значенію, которое придается юридическому лицу въ современномъ правѣ. Но весьма сомнительно, чтобы римскіе юристы, державшіеся своей точки зрѣнія, раздѣляли этотъ взглядъ. Между прочимъ, мы видѣли, что хотя societates vectigalium пользовались правомъ „corpus habere" и подходили, поэтому, подъ нынѣшнее понятіе юридическаго лица, тѣмъ не менѣе отдѣльные публиканы отвѣчали предъ казною всѣмъ своимъ имуществомъ [3]). Уже изъ одного этого можно заключить, что римскіе юристы не придавали рѣшающаго значенія вопросу, на комъ должна лежать отвѣтственность за долги корпораціи. Признавая послѣднюю самостоятельнымъ субъектомъ правъ, они руководствовались другими соображеніями и основаніемъ зарождающагося юридическаго лица считали общую кассу союза—communes res, aerarium populi, communis arca [4]):

[1]) Такого направленія, между прочимъ, держится австрійскій законъ. Ср. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich. §. 26. За исключеніемъ общей категоріи недозволенныхъ корпорацій (unerlaubte Gesellschaften) онъ допускаетъ безъ формальнаго утвержденія образованіе всяческихъ юридическихъ лицъ. О недозволенныхъ корпораціяхъ приведенная статья выражается слѣдующимъ образомъ: „Unerlaubte Gesellschaften sind diejenigen, welche durch die politischen Gesetze insbesondere verboten werden, oder offenbar der Sicherheit, öffentlichen Ordnung oder den guten Sitten widerstreiten". Ср. Das allgemeine Handelsgesetzbuch (для Австріи), Art. 88. Того-же болѣе свободнаго взгляда придерживается швейцарскій союзный законъ относительно нѣкоторыхъ корпорацій. См. изданіе редакціонной коммиссіи по составленію гражданскаго уложенія ст. 716: „Общества (Vereine), преслѣдующія благотворительныя, увеселительныя, религіозныя, научныя, художественныя, или иныя духовныя или нравственныя цѣли, могутъ пріобрѣсти права юридическаго лица *посредствомъ внесенія въ торговый реестръ*". Ср. *Beseler*: „System des gemeinen deutschen Privatrechts". §.§. 67, 70. Томъ I, въ особенности стр. 232 и слѣд., стр. 255 и слѣд. *Gierke*: „Das deutsche Genossenschaftsrecht". Томъ III, стр. 820 и слѣд.

[2]) *Windscheid:* „Lehrbuch des Pandectenrechts". Frankfurt 1882. Томъ II, §. 107. *Wendt*: „Lehrbuch der Pandecten". Jena 1888, стр. 55.

[3]) См. выше стр. 94, 95 и *Salkowski:* „Bemerkungen zur Lehre von den juristischen Personen", стр. 41 и слѣд. стр. 43.

[4]) Намъ кажется, что изъ современныхъ изслѣдователей природы юридическаго

L. 1. §. 1. Dig. quod cujuscumque universitatis nomine 3, 4 Gajus libro tertio ad edictum provinciale: „Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat".

Весьма возможно, что римляне первоначально смотрѣли на имущество корпораціи (communes res), какъ на достояніе всѣхъ ея отдѣльныхъ членовъ. Слѣды такого воззрѣнія встрѣчаются еще въ позднѣйшихъ источникахъ [1]). Тѣмъ не менѣе римскіе юристы не могли не замѣтить, что въ дѣйствительности казна государства, казна города или какой бы то ни было корпораціи строго отличается отъ имущественной сферы отдѣльныхъ гражданъ или лицъ, изъ которыхъ слагаются союзы. Признаніе за корпораціей самостоятельной правовой области должно было повлечь за собою возможность столкновенія съ областью другихъ субъектовъ правъ. Установленный закономъ порядокъ не могъ

лица ближе всѣхъ къ римскимъ юристамъ *Бринцъ*, такъ какъ основаніе персонификаціи онъ видитъ въ особомъ имуществѣ, предназначенномъ для достиженія извѣстныхъ, строго опредѣленныхъ цѣлей—Zweckvermögen. Насколько эта теорія соотвѣтствуетъ нынѣшнему понятію юридическаго лица и въ наукѣ и въ жизни, насколько она заслуживаетъ вниманія de lege ferenda—объ этомъ намъ здѣсь говорить не приходится. Несомнѣнно одно: исходною точкою воззрѣній римскихъ юристовъ на юридическое лицо всегда служило связанное съ послѣднимъ имущество. Къ сожалѣнію *Бринцъ*, столь близко подошедшій къ римскимъ юристамъ, не обращаетъ надлежащаго вниманія на тѣ фрагменты Дигестъ, которые въ значительной степени могли бы подтверждать его взглядъ. *Brinz* Lehrbuch der Pandecten". II Auflage, Erlangen 1888. Томъ III, стр. 453 и слѣд. 481 и слѣд. Къ нему присоединились и другіе ученые, какъ-то: *Demelius* „Ueber fingirte Personen" въ Jahrbücher für Dogmatik. Томъ IV, стр. 132. *Becker:* „System des heutigen Pandectenrechts" §. 42 и *Баронъ:* „Система римскаго гражданскаго права". Переводъ съ нѣмецкаго Петражицкаго. Кіевъ 1888. Книга первая, стр. 48. По мнѣнію послѣдняго, здѣсь строго опредѣленная „цѣль фиктивно возводится въ лицо"; на это *Бринцъ*—loc. cit. стр. 454—вполнѣ справедливо замѣчаетъ, что римскіе юристы, касаясь нашего вопроса, имѣли въ виду только персонификацію, но не фикцію: „übrigens haben die römischen Juristen auf diesem Gebiet m. E. blos *personificirt* nicht *fingirt*".

[1]) Ср. L. 1. §. 2. L. 3. Dig. de collegiis et corporibus. 47, 22. Смотря на вопросъ съ этой точки зрѣнія, нельзя не найти доли правды во взглядѣ *Іеринга*, полагающаго, что во всѣхъ внутреннихъ отношеніяхъ корпораціи ея отдѣльные члены являлись единственными субъектами правъ. Впрочемъ, съ дальнѣйшими выводами этого ученаго едва ли можно согласиться. См. „Geist des römischen Rechts". Томъ III, стр. 219 и 466 и слѣд.

терпѣть произвольнаго нарушенія экономическихъ интересовъ communis arca. Вотъ почему и стало необходимымъ, какъ только появилось имущество такого рода, регулировать порядокъ его защиты—defensio [1]. Источники нигдѣ не касаются вопроса, какое именно право имѣли отдѣльные члены на эти res communes и насколько убытки общей кассы должны были отражаться на каждомъ изъ нихъ. Практическому уму юристовъ - классиковъ такой вопросъ показался бы едва ли разрѣшимымъ. Для нихъ было ясно одно, что всѣ граждане республики или муниципіи, всѣ участники корпораціи, въ случаѣ нарушенія правъ общей казны, на судѣ вмѣстѣ выступать не могутъ, и что communis arca, поэтому, нуждается въ особомъ представительствѣ, которое въ государствѣ и въ городахъ естественно возлагается на должностныхъ лицъ, а въ другихъ случаяхъ опредѣляется уставомъ или рѣшеніемъ общаго собранія.

> L. 3. Dig. eod. tit. Ulpianus libro nono ad edictum: „Nulli permittitur nomine civitatis vel curiae experiri nisi ei, cui *lex permittit*, aut lege cessante *ordo dedit*.

Послѣдствіемъ такого самостоятельнаго положенія communis arca *могло быть* обособленіе ея обязательствъ отъ долговъ отдѣльныхъ членовъ:

> L. 7. § 1. Dig. quod cujuscunque univers nom 3, 4. Ulpianus libro decimo ad edictum: „Si quid universitati debetur singulis non debetur: nec quod bebet universitas singuli debent".

Но это обособленіе не должно считаться основнымъ правиломъ. Весьма характерно, что *Гай*, разбирая подробно свойства союзовъ, пользующихся правомъ corpus habere, не указываетъ на ихъ самостоятельныя обязательства, а упоминаніе о таковыхъ встрѣчается значительно позже, въ комментаріяхъ *Ульпіана*. Несомнѣнно, впрочемъ, что этотъ принципъ соблюдался во многихъ случаяхъ и въ особенности, когда личность членовъ союза стушевывалась, играя въ общихъ дѣлахъ болѣе пассивную роль; это бывало въ общинахъ политическихъ, публичныхъ—въ государствѣ, муници-

---

[1] L. 1. §.§. 1, 2, 3. L. 2. 3. 6. §.§. 1, 2, 3. L. 7. pr. Dig. quod cujuscumque universitatis nomine 3, 4. Надо полагать, что именно эти взгляды римскихъ юристовъ побудили *Іеринга*—loc. cit. стр. 217—въ своей теоріи юридическаго лица придать столь важное значеніе представительству послѣдней.

ніи [1]) и т. п. Въ корпораціяхъ же откупщиковъ (societates vectigalium), въ дѣлахъ которыхъ отдѣльные члены всегда принимали дѣятельное участіе, принципъ солидарной отвѣтственности всѣхъ публикановъ никогда не утрачивалъ своего значенія и, по крайней мѣрѣ по отношенію къ государственной казнѣ, никогда не исчезалъ.

Какъ мы видѣли, исходную точку и характерную черту корпораціи римскіе юристы усматривали не въ *сингулярномъ правилѣ* объ отвѣтственности за долги союза, но въ болѣе *общемъ основаніи*—въ **самостоятельномъ имуществѣ (communis arca)** съ его особымъ представительствомъ. Согласно съ этимъ источники опредѣляютъ и различіе между юридическимъ лицомъ и товариществомъ. Весь вопросъ въ томъ, насколько могъ contractus societatis способствовать образованію отдѣльныхъ фондовъ, независимыхъ отъ частнаго имущества товарищей?

§ 2. Мы старались доказать, что въ ходѣ историческаго развитія римскаго товарищества различаются два самостоятельныхъ теченія,

---

[1]) По нашему мнѣнію, *Ульпіанъ* въ L. 7. §. 1. Dig. 3, 4. cit. подъ „universitas" подразумѣвалъ однѣ только *городскія общины*. Фрагментъ начинается слѣдующими словами: „Sicut *municipum* nomine actionem praetor dedit"…. а послѣ вышеприведеннаго перваго параграфа второй продолжаетъ: „In *decurionibus* vel aliis *universitatibus* nihil refert" etc. Вообще, какъ намъ кажется, терминъ „universitas" въ источникахъ употребляется большею частью въ смыслѣ городскаго общества, на равнѣ съ названіемъ „civitas". Ср. L. 6. §. 1. Dig. de divis. rer. 1, 8 Marcianus libro tertio institutionum: „*Universitatis* sunt, non singulorum veluti quae in *civitatibus* sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatium. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis"… ср. §. 6. Inst. de rer. divis. 2, 1. См. также: pr. Inst. de rer. divis. 2, 1: „Quaedam (sc. res) enim naturali jure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius"… *Юстиніанъ*, перечисляя главныя категоріи вещей, изъятыхъ изъ гражданскаго оборота, ставитъ res publicae, принадлежащія populus romanus, на ряду съ res. universitatum, относящимися къ отдѣльнымъ городамъ. Слово „publicum" считается у юристовъ-классиковъ техническимъ терминомъ для обозначенія всего того, что свойственно римскому народу или совокупности римскихъ гражданъ; ср. L. 15. Dig de verbor. signif. 50, 16. Ulpianus libro decimo ad edictum: „Bona civitatis *abusive*, „*publica*" dicta sunt: *sola enim ea publica sunt, quae populi Romani sunt*". L. 16. Dig. eod. tit. Gajus libro tertio ad edictum provinciale: ‚Nam „*publica*" appellatio *in compluribus causis ad populum Romanum respicit*": *Гай* толкуетъ названіе „publica" менѣе строго, чѣмъ *Ульпіанъ*, „In compluribus causis" часто (но не всегда), говоритъ онъ, этотъ терминъ относится къ римскому народу. Въ другомъ мѣстѣ онъ даже отождествляетъ res publicae съ res universitatis: L. 1. pr. in fin. Dig. de divis. rer. 1, 8. Gajus libro secundo institutionum: „Quae *publicae* sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim *universitatis* esse creduntur". Такое примѣненіе слова publica *Ульпіанъ*, какъ мы видѣли, находитъ неточнымъ —abusine.

изъ которыхъ одно приводитъ къ всеобъемлющей societas omnium bonorum, а другое—къ строго ограниченной societas unius negotii, какъ къ первичному типу contractus societatis въ тѣсномъ смыслѣ. Для выясненія даннаго вопроса societas omnium bonorum не имѣетъ никакого значенія. Съ самаго момента возникновенія она уже обнимаетъ все имущество своихъ участниковъ: тѣлесныя вещи (res corporales) становятся общими, не требуя особаго акта передачи (traditio) со стороны прежняго собственника [1]). Обязательства же, принадлежащія отдѣльному товарищу, остаются въ прежнемъ положеніи, такъ какъ строгій формализмъ древнеримскаго права не допускалъ никакихъ перемѣнъ въ лицѣ кредитора или должника безъ прекращенія самыхъ обязательствъ; но всѣ средства для реализаціи послѣднихъ дѣлаются общими, и право иска (actio) само собою переходитъ отъ товарища ко всему союзу [2]). При такомъ полномъ общеніи уже не могло быть и рѣчи о какой бы то ни было разницѣ между интересами всей societas и отдѣльныхъ ея членовъ, а также объ образованіи самостоятельнаго имущества союза (communis arca), отличнаго отъ имущества его участниковъ.

Совсѣмъ другую картину представляетъ историческое развитіе contractus societatis. Первичный его типъ—societas unius negotii имѣлъ, какъ извѣстно, значеніе преходящее. Соглашеніе между товарищами направлялось на одну только, точно опредѣленную сдѣлку. Основнымъ началомъ являлось здѣсь строжайшее обособленіе имущества отдѣльныхъ участниковъ—принципъ, діаметрально противуположный societas omnium bonorum. Отношенія между товарищами были строго обязательственныя, при совершенномъ отсутствіи всякаго вещнаго элемента: societas unius negotii не допускала даже намека на общую собственность или общее владѣніе. Предположимъ, что цѣль такого товарищества состояла въ пріобрѣтеніи какого либо предмета: тотъ изъ участниковъ, который, въ качествѣ представителя всѣхъ другихъ, пріобрѣталъ эту вещь, первоначально становился ея полнымъ собственникомъ. Что же касается правъ остальныхъ товарищей, то они могли только

---

[1]) L. 2. Dig. pro socio. 17, 2. Gajus libro decimo ad edictum provinciale: quia licet specialiter traditio non interveniat, *tacita* tamen creditur intervenire".

[2]) L. 3. pr. Dig. eod. tit. Paulus libro trigesimo secundo ad edictum: „Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu: sed actiones invicem praestare debent".

требовать, чтобы socius-представитель передалъ купленную вещь въ общую собственность всего союза:

L. 74. Dig. pro socio. 17, 2: Paulus libro sexagensimo secundo ad edictum: „Si quis societatem contraxerit, quod emit *ipsius* fit, *non commune:* sed societatis judicio cogitur *rem communicare*" [1]).

Тѣ же самыя свойства societas unius negotii усматриваются и тогда, когда дѣло идетъ не о пріобрѣтеніи, а объ *отчужденіи* въ пользу товарищества вещей, принадлежащихъ его членамъ. Въ этомъ случаѣ, точно такъ-же какъ и въ предыдущемъ, contractus societatis не создаетъ никакой общей собственности. Даже послѣ изъятія вещи изъ владѣнія отдѣльнаго участника и ея передачи въ массу, предназначенную для отчужденія, даже тогда она не становится общею pro partibus indivisis, но остается въ собственности того товарища, который ее предоставилъ. Снова подтверждается высказанный прежде принципъ, что societas unius negotii не создаетъ общей собственности, но только обязательственное требованіе на равномѣрное распредѣленіе прибыли, добытой тою сдѣлкою, которую socii имѣли въ виду при заключеніи договора товарищества:

L. 58. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem".

А и В заключаютъ contractus societatis съ тою цѣлью, чтобы В подобранную товариществомъ четверку лошадей продалъ въ пользу послѣдняго. Въ этой четверкѣ одна лошадь принадлежитъ А, три В. Послѣ того какъ всѣ лошади были помѣщены у В, но еще до предположенной продажи, лошадь А околѣваетъ. Спрашивается, кто отвѣчаетъ за убытки? Если бы, въ этомъ случаѣ, contractus societatis превра-

---

[1]) Ср. L. 52. §. 13. Dig. eod. tit.

щалъ вещи, предназначенныя для продажи, въ общую собственность всѣхъ товарищей pro partibus indivisis, тогда убытки отъ пропажи лошади должны были бы распредѣлиться между всѣми участниками, пропорціонально ихъ вкладамъ. Однако же и *Цельзъ* и *Ульпіанъ* высказываются противъ такого распредѣленія. По ихъ мнѣнію, объ отвѣтственности товарищества здѣсь не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ имѣлась въ виду societas unius negotii (vendendae quadrigae), не производящая въ вещныхъ правахъ никакихъ перемѣнъ. Каждый изъ участниковъ до продажи лошадей неизмѣнно сохраняетъ свою прежнюю собственность и, какъ единственный хозяинъ своей вещи, одинъ долженъ былъ претерпѣть всѣ невзгоды, ее постигшія — casum sentit dominus.

Какъ мы видѣли, societas unius negotii, точно также какъ и societas omnium bonorum, не представляла собою почвы, на которой могли бы образоваться самостоятельные фонды товарищества, напоминающіе communis arca корпораціи. Имущественныя сферы отдѣльныхъ участниковъ оставались строго разграниченными, и товарищей соединяли только узы обязательственнаго договора—contractus fidei.

§ 3. Иной характеръ, иныя послѣдствія имѣла societas unius rei. Въ ней несомнѣнно преобладалъ вещный элементъ, и предметъ, владѣніе которымъ составляло цѣль договора. товарищества (res de qua societatem coierunt), становился общимъ достояніемъ съ момента его пріобрѣтенія. На эту существенную особенность societas unius rei, въ противоположность societas unius negotii, указываютъ послѣднія слова вышеприведеннаго фрагмента:

> L. 58. pr. Dig. pro socio. 17,2: Ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie ad hoc socii sumus.

Societas *habendae* quadrigae влечетъ за собою общую собственность всѣхъ товарищей, какъ только они заключили договоръ. Здѣсь опять таки сказывается тотъ же вещный элементъ, съ которымъ мы уже встрѣчались въ societas omnium bonorum [2]).

---

[1]) L. 65. §. 10. Dig. pro socio. 17, 2.

[2]) L. 2. Dig. pro socio. 17, 2. Мы не раздѣляемъ сомнѣній, высказанныхъ по поводу этого вопроса Kritz'омъ—Pandectenrecht, часть I, томъ II, стр. 38. Общая собственность

Очевидно и societas unius rei, какъ общее владѣніе (communio) точно опредѣленнымъ предметомъ, не могла служить почвою для возникновенія самостоятельнаго имущества союза, которое заключало бы въ себѣ зародышъ communis arca.

§ 4. Уже раньше мы старались доказать, что societas unius rei была звеномъ, соединяющимъ societas unius negotii съ другимъ, болѣе развитымъ типомъ—societas unius negotiationis [1]). Вещь, состоявшая въ общей собственности товарищей, могла служить предметомъ различныхъ оборотовъ (negotiationes); она могла давать доходъ въ пользу союза, но могла и требовать затратъ отъ него. Въ силу всего этого могъ сложиться кругъ особыхъ интересовъ, вполнѣ выдѣляющихся изъ имущественной сферы отдѣльныхъ товарищей. Такіе обособленные интересы самой societas выступали еще съ большею рельефностью тогда, когда ея члены *составляли своими взносами капиталъ* для покупки товаровъ или же для другихъ торговыхъ операцій на пользу общую—commune lucrum.

L. 58. §. 1. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Item Celsus tractat, si pecuniam contulissemus ad mercem emendam et mea pecunia perisset, cui perierit ea. Et ait, si post collationem evenit, ut pecunia periret, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, ut puta si pecunia, cum peregrѐ portaretur ad mercem emendam, periit.

Случай, о которомъ говоритъ *Цельзъ*, такого рода: А и В заключаютъ contractus societatis, назначая извѣстную сумму денегъ для опредѣленнаго предпріятія. Представительство по дѣламъ товарищества принимаетъ на себя В, которому, поэтому, А и вручаетъ свой взносъ. Вслѣдъ затѣмъ, безъ всякой вины со стороны В, отъ какого нибудь несчастнаго случая,—кражи, пожара или чего либо другого, пропадаетъ часть оборотнаго капитала, соотвѣтствующая взносу А. Возникаетъ вопросъ: кому придется понести убытки? cujus periculo подлежатъ пропавшія деньги? Здѣсь возможны обстоятельства двоякаго рода: деньги, принадлежавшія А, могли слиться съ деньгами В, и бла-

---

возникаетъ здѣсь немедленно, безъ всякой передачи и на основаніи одного только договора, подобно тому, какъ, напр., сонаслѣдники, вслѣдъ за aditio hereditatis, становятся совладѣльцами res corporales, принадлежащихъ къ наслѣдству.

[1]) См. выше, стр. 79, 80 и слѣд.

годаря commixtio первоначальное *владѣніе* могло превратиться въ право *собственности* [1]). Въ такомъ случаѣ для А совершенно безразлично, чтó станется съ принадлежавшими ему деньгами, такъ какъ съ этого момента они уже подлежатъ periculo В, и за А остается только исковое требованіе (actio pro socio) къ сотоварищу, если тотъ, вслѣдствіе dolus или culpa in concreto, не исполнитъ возложенныхъ на него черезъ contractus societatis обязательствъ. Но можетъ быть и иначе: если деньги А, сохраняясь въ особомъ помѣщеніи отдѣльно отъ денегъ В, исчезли раньше ихъ commixtio, тогда право собственности А остается въ прежней силѣ, и всѣ случайные убытки, по извѣстнымъ уже намъ правиламъ societas unius negotii, должны причитаться на счетъ А. Такъ слѣдовало бы рѣшить это дѣло, если бы только не принимать во вниманіе самостоятельной правовой сферы societas съ ея обособленными интересами и оборотами. *Цельзъ*, однако-же, разрѣшаетъ данный вопросъ иначе: по его мнѣнію, убытки должны падать не на отдѣльныхъ товарищей, а на весь союзъ, ибо не будь contractus societatis, не было бы и пропажи денегъ. Пропавшія деньги предназначались исключительно для достиженія цѣлей товарищества и уже были какъ бы усвоены имъ. Въ этомъ воззрѣніи *Цельза* мы усматриваемъ прямой намекъ не только на возможность, но даже на необходимость отдѣльной кассы—communis arca—товарищества.

Наконецъ, и самое дѣло, ради котораго состоялась societas unius negotiationis, могло потребовать такихъ затратъ, которыя не предвидѣлись при заключеніи договора товарищества. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ подобной затраты могли возникать споры о томъ, на кого изъ товарищей она должна падать. Единственнымъ средствомъ не только для предупрежденія споровъ, но и для упроченія самого товарищества, являлось бы возложеніе отвѣтственности на кассу всего союза. Къ такому выводу и пришли римскіе юристы, постепенно удаляясь отъ прежняго узкаго взгляда на contractus societatis. Весьма назидательно въ этомъ отношеніи разногласіе между юристами—классиками, о которомъ намъ передаетъ *Помпоній*:

---

[1]) См. L. 78. Dig. de solutionibus 46, 3. Ср. *Bechmann:* „Zur Lehre vom Eigenthumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten". Erlangen 1867, стр. 31 и слѣд. *Hartman:* „Ueber den rechtlichen Begriff des Geldes nud den Inhalt von Geldschulden" 1868, стр. 21 и слѣд.

L. 60. §. 1. Dig. pro socio. 17, 2. Pomponius libro tertio decimo ad Sabinum: „Socius cum resisteret communibus servis venalibus ad fugam erumpentibus, vulneratus est: impensam, quam in curando se fecerit, non consecuturum pro socio actione Labeo ait, quia id non in societatem, quamvis propter societatem impensum sit, sicuti si propter societatem eum heredem quis instituere desisset aut legatum praetermisisset aut patrimonium suum neglegentius administrasset: nam nec compendium, quod propter societatem ei contigisset, veniret in medium, veluti si propter societatem heres fuisset institutus aut quid ei donatum est“ По тому же самому дѣлу и *Юліанъ* и *Ульпіанъ* приходятъ къ другому заключенію, а послѣдній продолжаетъ:

„Secundum Julianum tamen et quod medicis pro se datum est recipere potest, quod verum est“.

Обстоятельства дѣла слѣдующія: былъ заключенъ договоръ товарищества для торговли рабами (servi *venales)*. Изъ скупленныхъ невольниковъ нѣсколько человѣкъ убѣгаютъ. Одинъ изъ товарищей-скупщиковъ, пытавшійся ихъ задержать, получаетъ значительныя увѣчья. Возникаетъ вопросъ: на кого падаютъ расходы его леченія— на него ли самого или же на весь союзъ? По мнѣнію *Лабеона*, потерпѣвшій socius не имѣетъ права требовать отъ сотоварищей возмѣщенія издержекъ и одинъ долженъ понести убытки. Такой взглядъ мотивируется тѣмъ, что расходы на леченіе не служили цѣлямъ общимъ (impensa *in societatem*), а съ послѣдними имѣютъ развѣ *отдаленную связь* (impensa *propter societatem*). Подобные расходы, продолжаетъ *Лабеонъ*, не должны быть приняты во вниманіе, иначе всякій участникъ могъ бы потребовать отъ союза вознагражденія хотя бы, напр., за то, что ему отказали въ наслѣдствѣ, такъ какъ онъ принадлежитъ къ товариществу, или даже за то, что, вступивши въ societas, онъ сталъ небрежнѣе заниматься своими собственными дѣлами. Но вмѣстѣ съ тѣмъ и всѣ выгоды, которыя достаются ему только *propter societatem*, составляютъ его личное достояніе. На такомъ основаніи онъ не обязанъ передавать въ общую массу, напр., наслѣдство или даръ, полученные имъ, благодаря его принадлежности къ товариществу. Съ этимъ взглядомъ *Лабеона* позднѣйшіе юристы не соглашаются: *Юліанъ* и *Ульпіанъ* того мнѣ-

нія, что товарищество обязано вознаградить сочлена за всѣ убытки, понесенные имъ при защитѣ общихъ интересовъ.

Откуда эти разногласія, какими соображеніями руководствовался *Лабеонъ*, рѣшая дѣло столь странно, можно даже сказать, несправедливо? Тѣ примѣры, которые онъ приводитъ для разъясненія своего взгляда, мало убѣдительны: легко понять, что наслѣдство и даръ, полученные товарищемъ по какимъ бы то ни было мотивамъ, вполнѣ входятъ въ его личную имущественную сферу, такъ какъ не имѣютъ ничего общаго съ союзомъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ нельзя отрицать, что socius, преслѣдуя бѣглыхъ рабовъ, которые были куплены на средства товарищества, занимался не только своимъ собственнымъ дѣломъ, но и дѣломъ, связаннымъ съ интересами другихъ лицъ—его сотоварищей. Различіе между тѣмъ и другимъ случаемъ столь очевидно, что и *Лабеонъ* не могъ бы его не замѣтить, если бы только смотрѣлъ на contractus societatis съ болѣе широкой точки зрѣнія. Его особый взглядъ можетъ быть объясненъ лишь тѣмъ, что старѣйшимъ юристамъ классическаго періода прототипомъ товарищества всегда представлялась societas unius negotii, со своимъ строгимъ разграниченіемъ имущественныхъ сферъ отдѣльныхъ участниковъ. По понятіямъ *Лабеона* товарищъ, преслѣдовавшій бѣглыхъ рабовъ, имѣлъ въ виду прежде всего собственные интересы—охраненіе причитавшагося на его долю пая въ тѣхъ цѣнностяхъ, которыя были пріобрѣтены для всего союза. Дѣйствуя, такимъ образомъ, „sua contemplatione“, онъ, какъ разсуждаетъ нашъ юристъ, о выгодахъ товарищества и не думалъ; если же его поступокъ имѣлъ какое нибудь вліяніе на ходъ дѣла *общаго*, то это могло быть простою случайностью. Причинная связь между его убытками и интересами товарищества весьма слаба; она сводится лишь къ тому, что, безъ заключенія contractus societatis, онъ не имѣлъ бы столкновенія съ бѣглыми невольниками, и ему, поэтому, и не были бы нанесены поврежденія. Въ силу такого взгляда *Лабеону*, наконецъ, показалось возможнымъ сравнить убытки, понесенные товарищемъ въ данномъ случаѣ, съ тѣми, которые ему могло бы причинить лишеніе наслѣдства, благодаря его принадлежности къ извѣстной компаніи—и то и другое произошло бы „propter societatem“.

Лабеонъ и его предшественники еще не вѣдали возможности самобытнаго имущества, предназначеннаго для предпріятій и оборотовъ (negotiatio) товарищества, и только позднѣйшіе юристы—*Цельзъ*, *Юліанъ*,

Папиніанъ, *Ульпіанъ* и *Павелъ*[1])—по крайней мѣрѣ до нѣкоторой степени, стали выдѣлять communes res изъ имущества отдѣльныхъ участниковъ; только они приписывали общей кассѣ (communis arca) самостоятельное значеніе, возлагая отвѣтственность за всѣ обязательства товарищества прежде всего на нее.

L. 65. §. 14. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit et alicujus sociorum quid absit, cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit: qua deducta de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt".

Какъ видно изъ приведеннаго фрагмента, *Павелъ* предоставляетъ товарищу право требовать вознагражденія изъ общей кассы за всѣ убытки, которые онъ могъ бы понести, занимаясь дѣлами союза. Этимъ окончательно устраняется прежній, узкій взглядъ *Лабеона*. Новое направленіе признаетъ за имуществомъ компаніи свои собственныя обязательства, удовлетвореніе которыхъ выдвигается на первый планъ, и только послѣ ихъ погашенія socii могутъ приступить къ раздѣлу массы между собою—qua deducta de reliquo omnes agere possunt. Наконецъ, *Папиніанъ*, для обозначенія особаго *товарищескаго имущества* употребляетъ терминъ: „*communis arca*", который, какъ мы уже видѣли, примѣнялся и къ *имуществу корпоративному*[2]).

L. 82. Dig. pro socio. 17, 2. Papinianus libro tertio responsorum: „In re societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in *communem arcam* pecuniae versae sunt".

ГЛАВА ВОСЬМАЯ.

Отношенія communis arca къ лицамъ, не принадлежащимъ къ товариществу.

Положеніе communis arca относительно лицъ, къ товариществу не принадлежащихъ. Видоизмѣненія этого положенія въ societas omnium bonorum, въ societas unius negotii, unius rei и unius negotiationis. L. 44. §. 1. Dig. de aedilicio edicto. 21, 1. Различіе между communis arca товарищества и корпораціи. Положеніе communis arca при ликвидаціи дѣлъ товарищества. Вліяніе римскихъ ученій на современныя законодательства.

§ 1. До сихъ поръ мы старались опредѣлить ту роль, которую во *внутренней жизни* товарищества играло имущество, предна-

---

[1]) Ср. L. 52. §. 4. L. 58. §. 1. L. 61. L. 65. §. 14. L. 82. Dig. pro socio. 17, 2.

[2]) L. 1. Dig. quod cujuscumque universitatis nomine 4, 3.

значенное для операцій союза. Приведенные нами въ предыдущей главѣ фрагменты изъ Дигестъ опредѣляютъ только одно—отношенія *товарищей* къ общей кассѣ. Но въ тѣсной связи съ этимъ находится цѣлый рядъ весьма важныхъ вопросовъ: какія послѣдствія имѣютъ сдѣлки, заключенныя съ посторонними лицами отъ имени societas и въ ея интересахъ? Касаются ли онѣ непосредственно имущественной сферы отдѣльныхъ товарищей или же затрогиваютъ ее только тогда, когда communis arca, которая прежде всего должна покрывать претензіи такихъ контрагентовъ, оказывается несостоятельною? Наконецъ, насколько слѣдуетъ различать отвѣтственность всего союза отъ отвѣтственности его отдѣльныхъ членовъ [1])? Мы скоро увидимъ, что всѣ эти вопросы римскіе юристы рѣшаютъ, держась далеко не одного и того же принципа, и что въ ихъ ученіяхъ сказывается сильное вліяніе тѣхъ различныхъ видовъ товарищества, которые были имъ изъ практики извѣстны.

Въ societas omnium bonorum все состояніе товарищей сливалось въ одну массу, и уже не было никакого отличія—ни формальнаго, ни матеріальнаго—между дѣлами общими и дѣлами отдѣльныхъ участниковъ, имущество которыхъ какъ бы поглощалось товариществомъ.

Совершенную противоположность составляла societas unius negotii. Товарищъ, вступившій отъ имени всего союза въ сдѣлку съ постороннимъ лицомъ, по отношенію къ послѣднему являлся единоличнымъ контрагентомъ; всѣ требованія, возникавшія изъ такого договора, могли быть предъявлены только противъ него одного, а не противъ цѣлаго товарищества, которое въ этомъ соглашеніи никакого участія не принимало и поэтому съ третьимъ лицомъ никакой юриди-

---

[1]) Въ литературѣ эти вопросы разработаны болѣе или менѣе обстоятельно; см.: *Wolffg. Adam Lauterbach:* Dissertationum Academicarum Volumen III. Tubingae 1728. Disputatio 129. *Kritz:* „Das Pandectenrecht". Часть I, томъ II, стр. 126 и слѣд. *Vangerow:* „Lehrbuch der Pandecten". Томъ III, стр. 492 и слѣд. Но всѣ эти изслѣдованія имѣютъ одинъ общій недостатокъ: они не обращаютъ вниманія на историческое развитіе нашего института и на особенности, свойственныя отдѣльнымъ видамъ римской societas. Получается такимъ образомъ картина безъ перспективы, является масса противорѣчій и исключеній изъ общихъ правилъ. Всего этого можно было бы избѣжать, если бы разсматривать раздѣльно всѣ тѣ условія, которыя соблюдались въ различныхъ типахъ товарищества, сличая ихъ съ общими характерными чертами института.

ческой связи не имѣло. Предположимъ, что предметъ contractus societatis состоялъ въ продажѣ четверки лошадей (societas vendendae quadrigae) [1]), и одинъ изъ товарищей взялся вести это дѣло. Покупщикъ не могъ смотрѣть на него иначе, какъ на единственнаго своего контрагента по куплѣ-продажѣ, вполнѣ игнорируя то обстоятельство, что въ проданной четверкѣ оказались лошади, принадлежавшія не самому продавцу, но кому нибудь изъ его товарищей. Поэтому-то и всѣ возможныя претензіи покупщика, какъ напр., выдача проданныхъ вещей, вознагражденіе за evictio или по эдильскому эдикту, направлялись непосредственно противъ того лица, которое являлось продавцомъ, не смотря на то, что спорная вещь могла принадлежать вовсе не ему, а одному изъ его товарищей; на actio empti, quanti minoris или redhibitoria отвѣчалъ только socius-представитель [2]). Правда, послѣдній, за понесенные имъ по такимъ процессамъ убытки, посредствомъ actio pro socio могъ требовать вознагражденія отъ сотоварищей, тѣмъ не менѣе societas, какъ таковая, съ третьимъ лицомъ никакихъ отношеній имѣть не могла.

§ 2. Другую картину представляетъ societas unius rei. Въ ней всѣ товарищи вступали въ непосредственныя договорныя отношенія съ постороннимъ контрагентомъ, причемъ отвѣтственность каждаго изъ нихъ опредѣлялась соразмѣрно принадлежавшей ему долѣ въ общей вещи, и кто заключалъ сдѣлку съ такимъ товариществомъ, тотъ сразу имѣлъ столько-же контрагентовъ, сколько было въ союзѣ участни-

---

[1]) L. 58. pr. Dig. pro socio. 17, 2. cit. на стр. 139. Ср. съ этимъ L. 52. §. 13. L. 74. Dig. eod. tit.

[2]) Можно, пожалуй, допустить, что покупщикъ въ извѣстныхъ случаяхъ былъ въ правѣ распространить свои требованія и на товарищей, при посредствѣ actio de in rem verso utilis. Но характеръ этого иска такъ мало разъясненъ въ источникахъ, что даже самое его существованіе въ классическій періодъ римскаго права многими современными учеными оспаривается. Наиболѣе признаетъ его *Д. Гриммъ*: „Очерки по ученію объ обогащеніи". Выпускъ III, С. Петербургъ 1893, стр. 118 и слѣд. и въ особенности 135 и слѣд. Ср. впрочемъ Allg. Landrecht für die preussischen Staaten. Theil I, tit. 17, §. 236: „So weit Jemand einem Anderen durch nützliche Besorgung seiner Geschäfte, oder durch nützliche Verwendung verpflichtet wird, so weit kann auch eine Gesellschaft (sc. dem dritten) „verpflichtet werden". и §. 237: „Wer aus diesem letzten Grunde (§. 236) eine rechtsgültige Forderung an die Societät erlangt hat, der kann an jeden der Gesellschafter für seinen Antheil sich halten". Тотъ-же взглядъ мы встрѣчаемъ и въ сводѣ мѣстныхъ узаконеній губерній прибалтійскихъ. См. законы гражданскіе ст. 4315.

ковъ [1]). Но такой порядокъ сопровождался большими неудобствами, которыя должны были еще увеличиваться по мѣрѣ того, какъ изъ societas unius rei стала образовываться societas unius negotiationis. Эта неизбѣжность договоровъ со множествомъ отдѣльныхъ лицъ, изъ которыхъ каждое отвѣчало лишь pro parte, могла отражаться крайне неблагопріятно на правильномъ и свободномъ развитіи всей коммерческой жизни. Купившій, напр., товаръ въ общемъ складѣ societas какъ бы покупалъ его у каждаго отдѣльнаго члена; въ случаѣ спора для него было крайне неудобно, раздроблять свое требованіе, предъявляя часть его ко всякому изъ товарищей порознь. Эти затрудненія устранялись до извѣстной степени, когда предпріятіемъ товарищества завѣдывалъ magister или institor. Изъ сдѣлокъ, заключенныхъ такими представителями съ посторонними лицами, могли возникать actio exercitoria и institoria, противъ каждаго товарища in solidum. То-же самое бывало и тогда, когда магистромъ являлся не рабъ, и не постороннее товариществу лицо, но одинъ изъ его членовъ:

> L. 4. §. 1. Dig. de exercitoria actione. 14, 1. Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum: „Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri“ [2]).

Однако же socius, сполна удовлетворившій претензіи посторонняго контрагента, могъ потребовать вознагражденія отъ своихъ сотоварищей путемъ actio pro socio или communi dividundo.

Несомнѣнно, интересамъ оборота гораздо больше соотвѣтствовалъ порядокъ, въ силу котораго за всѣ дѣла союза прежде всего отвѣчало in solidum только *одно лицо*—товарищъ, имѣвшій въ своемъ распоряженіи все общее имущество—communis pecunia.—И въ самомъ дѣлѣ: если *socii* со своими требованіями обращались непосредственно къ общей кассѣ [3]), то тѣмъ менѣе можно было отказывать въ томъ же самомъ *постороннимъ контрагентамъ*, къ чему, наконецъ, и пришли римскіе юристы:

---

[1]) L. 44. §. 1. Dig. de aedilicio edicto. 21, 1. L. 4. pr. Dig. de exercitor. act. 14, 1.

[2]) Ср. L. 4. §. 2. Dig. de exercitor. act. 14, 1. L. 13. §. 2. L. 14. Dig. de institor. act. 14, 1.

[3]) L. 65. §. 14. L. 82. Dig. pro socio. 17, 2. cit. на стр. 145.

L. 44. §. 1. Dig. de aedilicio edicto. 21, 1. Paulus libro secundo ad edictum aedilium curulium: „Proponitur actio ex hoc edicto in eum cujus maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt *in commune videantur agere*: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cujus major pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, *ne cogeretur emptor cum multis litigare,* quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est“.

Отсюда видно, что *Павелъ* предоставляетъ лицу, купившему раба у товарищества, торгующаго невольниками, право предъявить actio quanti minoris и redhibitoria противъ *каждаго члена in solidum* если только тотъ участвовалъ въ общемъ предпріятіи своимъ полнымъ взносомъ. Но это уже нововведеніе, явно противорѣчащее всѣмъ старымъ правиламъ объ отвѣтственности socii unius rei. Вѣдь, проданный рабъ принадлежалъ всѣмъ товарищамъ (venaliciarii), покупщику, поэтому, слѣдовало бы предъявить искъ противъ каждаго изъ нихъ въ отдѣльности—pro parte. Самъ *Павелъ* этого не отрицаетъ, но societas venaliciariorum представлялась ничѣмъ инымъ, какъ societas unius negotiationis: на первомъ планѣ стояло здѣсь торговое предпріятіе со свойственными ему оборотами, требующими имущества, которое выдѣлялось изъ сферы правъ отдѣльныхъ товарищей [1]). Хотя послѣдніе и не освобождались отъ всякой отвѣтственности за дѣла общія, но подлежали ей in subsidium, т. е. въ томъ только случаѣ, когда средства communis arca оказывались недостаточными.

Такимъ образомъ, contractus societatis, не имѣвшій сначала ничего общаго съ корпораціею, постепенно расширяясь, создавалъ обширный торгово-промышленный институтъ, усвоивавшій при этомъ нѣкоторыя черты, характерныя, по воззрѣнію римскихъ юристовъ, для corpus или collegium. Но всетаки communis arca товарищества существенно отличалась отъ имущества корпораціи въ одномъ отношеніи: она никогда не имѣла своего самостоятельнаго представителя въ видѣ actor или syndicus. Напротивъ, въ societas, главнымъ образомъ, благо-

---

[1]) Ср. L. 1. §. 25. L. 2. L. 3. Dig. de exercior. act. 14, 1.



дарія вліянію societas unius rei, всѣ участники всегда считались контрагентами въ товарищескихъ сдѣлкахъ и договорахъ, послѣдствія которыхъ въ концѣ концовъ падали на ихъ личную отвѣтственность, а, въ силу этого, каждый изъ нихъ могъ являться на судѣ представителемъ и защитникомъ интересовъ всего союза [1]). Весьма важное отличіе корпораціи отъ товарищества состояло въ томъ, что первая, благодаря присвоенному ей закономъ устройству, имѣла свой опредѣленный органъ, всецѣло обнимавшій ея интересы, представлявшій и защищавшій ихъ на судѣ.

§ 3. Какъ мы видѣли, уже юристы-классики сознательно стремились къ обособленію имущества societas unius negotiationis, по мѣрѣ возможности выдѣляя его изъ правовой сферы отдѣльныхъ компаніоновъ. Не смотря на это, такая communis pecunia не могла еще считаться достаточнымъ основаніемъ для признанія подобныхъ союзовъ юридическими лицами. Въ современномъ правѣ *безусловному* причисленію торговыхъ товариществъ къ корпораціямъ существенно мѣшаетъ тотъ фактъ, что отдѣльные члены юридическаго лица не отвѣчаютъ за его долги. Такое ограниченіе нерѣдко ослабляло бы кредитъ всего предпріятія [2]). Однако же, какъ мы, надѣемся, доказали [3]), обстоятельство это не казалось римскимъ юристамъ характерной чертою союзовъ съ правомъ corpus habere. Надо,такимъ образомъ, полагать,что древняя юриспруденція, не причисляя торговыхъ товариществъ къ юридическимъ лицамъ, руководствовалась другими соображеніями. Право corpus habere зависѣло отъ разрѣшенія правительства, и, слѣдовательно, влекло за собою постоянный контроль съ его стороны. Такое вмѣшательство власти въ дѣла, имѣющія исключительно частноправное значеніе, противорѣчило бы духу римской общественной жизни, такъ какъ оно стѣсняло бы образованіе промышленныхъ ассоціацій и свободу дѣловой жизни вообще.

Но и не причисляя торговыхъ товариществъ къ разряду юриди-

---

[1]) Такой взглядъ заимствованъ германскимъ торговымъ правомъ. Ср. Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch. Art. 117: „Die Gesellschaft wird vor Gericht von *jedem Gesellschafter* gültig vertreten, welcher von der Befugniss die Gesellschaft zu vertreten, nicht ausgeschlossen ist“.

[2]) Мнѣніе берлинскаго купечества, высказанное по поводу проекта прусскаго торговаго права, въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Томъ IV, стр. 553.

[3]) См. выше стр. 134, 136 и слѣд.



ческихъ лицъ, нельзя отрицать, что обособленіе капитала, назначеннаго для оборотовъ союза, имѣетъ свои несомнѣнныя выгоды. Въ интересахъ самой компаніи весьма желательно, чтобы ея кредиторы, въ случаѣ конкурса, пользовались преимущественнымъ правомъ на communis arca сравнительно съ кредиторами отдѣльныхъ участниковъ. Торговое товарищество, при такомъ порядкѣ, какъ бы имѣетъ свое особое наличное имущество и свои особые долги. Послѣдніе считаются, конечно, въ концѣ концовъ и долгами его отдѣльныхъ членовъ; дѣло только въ томъ, что платежи по нимъ должны производиться прежде всего изъ communis arca, а товарищи отвѣчаютъ лишь in subsidium. Не подлежитъ сомнѣнію, что римское право, въ своемъ дальнѣйшемъ развитіи, дошло бы до такихъ положеній; по крайней мѣрѣ мы встрѣчаемъ явный намекъ на этотъ принципъ еще у юристовъ-классиковъ:

> L. 65. §. 14. Dig socio. 17, 1. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit et alicujus sociorum quid absit, cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit: qua deducta de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt.

Случай, о которомъ говоритъ *Павелъ*, такого рода: товарищи приступаютъ къ ликвидаціи общаго дѣла, причемъ оказывается, что одинъ изъ нихъ, сверхъ того, имѣетъ особое обязательственное требованіе *ко всему союзу*—alicujus sociorum quid absit. Спрашивается, какъ отнестись къ его претензіи? По принципамъ, свойственнымъ societas unius rei, товарищъ-кредиторъ имѣлъ бы столько должниковъ, сколько въ societas участниковъ, изъ которыхъ каждый отвѣчалъ бы pro parte. Но *Павелъ* рѣшаетъ иначе: прекращенію общаго дѣла должно предшествовать удовлетвореніе кредиторовъ товарищества изъ общаго имущества союза (communis pecunia, communis arca), и искъ свой такіе кредиторы предъявляютъ не противъ каждаго отдѣльнаго товарища pro parte, а во всемъ объемѣ противъ того изъ участниковъ, въ рукахъ котораго находятся капиталы союза: cum eo solo agendum penes quem communis pecunia sit [1]).

---

[1]) Ср. L 44. §. 1. Dig. de aedilicio edicto. 21, 1. cit. на стр. 149. Другого мнѣнія о взглядѣ римскихъ юристовъ на затронутый нами вопросъ *Becker*: въ Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Томъ IV, стр. 542: „Die societas des Römischen Rechts führt zum gemeinsamen Gut, aber nicht zum Sondergut und Zweckvermögen". Съ этимъ



Разумѣется, право, принадлежащее кредитору-товарищу, слѣдуетъ распространять точно такъ-же на всякое третье лицо, имѣющее требованія ко всей компаніи. Communis arca должна служить прежде всего для покрытія подобныхъ претензій, и только остатки ея могутъ быть предоставлены отдѣльнымъ товарищамъ или заступившимъ ихъ мѣсто личнымъ ихъ кредиторамъ.

§ 4. Разсматривая отношенія товарищества къ постороннимъ контрагентамъ, мы замѣчаемъ на ряду со строгимъ обособленіемъ имущественной сферы отдѣльныхъ товарищей, характеризующемъ societas unius negotii и rei, еще другое теченіе: въ связи съ societas unius negotiationis является потребность въ самостоятельномъ торговомъ имуществѣ, назначенномъ для оборотовъ союза. Не безъинтересно опредѣлить, насколько эти различныя направленія римскихъ источниковъ отразились въ современныхъ законодательствахъ.

За строжайшее обособленіе имущественной сферы каждаго товарища стоитъ швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ. Отвѣтственность товарищей за сдѣлки, заключенныя въ ихъ общихъ интересахъ съ третьимъ лицомъ, основана на предполагаемомъ представительствѣ того участника, который дѣйствовалъ отъ имени всего союза.

> Ст. 543: „Если товарищъ вступитъ съ третьимъ лицомъ въ сдѣлку отъ имени товарищества или всѣхъ товарищей, то прочіе товарищи становятся вѣрителями и должниками третьяго лица лишь на основаніи правилъ о *представительствѣ*. Полномочіе товарища вступить въ обязательство за товарищество или за всѣхъ товарищей передъ третьими лицами не предполагается, хотя бы на товарища было возложено веденіе дѣлъ товарищества“.

Это какъ разъ тотъ взглядъ, который выражается въ римской societas unius negotii: правоотношенія, вытекающія изъ сдѣлки, заключенной однимъ изъ товарищей съ постороннимъ лицомъ, хотя бы и въ интересахъ всей компаніи, остальныхъ не касаются. Правда, они могутъ посредствомъ actio pro socio требовать, чтобы

можно согласиться лишь относительно societas unius negotii vel rei. Дальнѣйшее послѣдовательное развитіе римскаго товарищества привело бы неизбѣжно къ обособленію communis pecunia, хотя этотъ процессъ въ законодательствѣ *Юстиніана* еще не завершился.

лицо, дѣйствовавшее отъ имени societas, пріобщило ихъ къ *полученнымъ выгодамъ*, но съ постороннимъ контрагентомъ правоотношенія возникаютъ для нихъ лишь на основаніи формальнаго представительства, еслибы таковымъ былъ облеченъ товарищъ, заключившій сдѣлку [1]).

Принципъ, свойственный societas unius rei, высказанъ въ ст. 544 того-же закона:

„Собственность, пріобрѣтенная отъ имени товарищества или переданная ему, составляетъ *общую собственность* товарищей“.

Вліяніе иного теченія мы замѣчаемъ въ другой группѣ современныхъ законодательствъ. Германское торговое право явно стремится къ выдѣленію особаго имущества, назначеннаго для оборотовъ компаніи, по аналогіи communis arca. Такому обособленію хозяйственой сферы союза способствуетъ въ значительной степени присоединеніе къ торговому товариществу фирмы, или какъ выражается нашъ сводъ, „одного общаго имени“ [2]).

Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch Art: 111: „Die Handelsgesellschaft kann *unter ihrer Firma* Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigenthum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und verklagt werden“.

Благодаря такому самостоятельному положенію всего товарищества каждый членъ, дѣйствующій отъ его имени, пріобрѣтаетъ права и обязательства непосредственно для союза, а не лично для себя:

Ibid. Art. 114: „Die Gesellschaft wird durch Rechtsgeschäfte, welche ein zur Vertretung der Gesellschaft befugter Gesellschafter in ihrem Namen schliesst, berechtigt und verpflichtet; es ist gleichgültig, ob das Geschäft *ausdrücklich* im Namen der Gesellschaft geschlossen worden ist, oder ob die Umstände ergeben, dass es *nach dem Willen der Kontrahenten für die Gesellschaft* geschlossen werden sollte“.

Согласно съ этимъ направленіемъ германскаго закона, кредиторы товарищества пользуются передъ кредиторами каждаго отдѣль-

---

[1]) На той-же точкѣ зрѣнія стоитъ: Allg. Landrecht für die preussischen Staaten. Theil I, tit 17, §. 234, 235 и слѣд. Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній прибалтійскихъ. Законы гражданскіе, ст. 4315, 4316 и Code civil art. 1862, 1863, ср. Troplong: „Du contrat de société civile et commerciale“. Томъ II, стр. 257 и слѣд.

[2]) Сводъ законовъ. Томъ I, часть I, ст. 2126 и 2129. Ср. *Побѣдоносцевъ:* „Курсъ гражданскаго права“. С.-Петербургъ—Москва 1880. Томъ III, стр. 529.

наго участника преимущественнымъ правомъ на удовлетвореніе изъ общей кассы:

Ibid. Art. 122: „Im Falle eines Koncurses der Gesellschaft werden die Gläubiger derselben aus dem Gesellschaftsvermögen *abgesondert* befriedigt und können aus dem Privatvermögen der Gesellschafter nur wegen des Ausfalls ihre Befriedigung suchen". Ср. съ этимъ:

Ibid. Art. 119: „Die Privatgläubiger eines Gesellschafters sind nicht befugt, die zum Gesellchaftsvermögen gehörigen Sachen, Forderungen oder Rechte- - -zum Behufe ihrer Befriedigung oder Sicherstellung in Anspruch zu nehmen".

Теорія, которой держится германское торговое право, опредѣляя правоотношенія товарищества къ постороннему контрагенту, является результатомъ послѣдовательнаго развитія римскихъ началъ. Она вполнѣ соотвѣтствуетъ требованіямъ обширнаго коммерческаго оборота, гдѣ личности отдѣльныхъ товарищей, со своимъ субъективнымъ кредитомъ, естественно стушевываются, а на первый планъ выступаетъ болѣе сильный и вліятельный союзъ, со своей фирмою и своей communis arca.

На той-же, несомнѣнно правильной, точкѣ зрѣнія стоитъ и нашъ сводъ, говоря, что „товарищества составляются изъ лицъ, соединенныхъ *въ одинъ составъ* и дѣйствующихъ въономъ *подъ однимъ общимъ именемъ* [1]". Согласно съ такимъ началомъ отношенія кредиторовъ товарищества къ общей кассѣ у насъ de lege ferenda, конечно, должны быть регулированы точно такъ-же, какъ это уже сдѣлано въ германскомъ торговомъ правѣ [2]). Опредѣленія нашего закона о товариществѣ полномъ весьма скудны; для будущаго законодателя въ этомъ отно-

---

[1]) Сводъ законовъ. Томъ X, часть I, ст. 2126. Ср. ibid. ст. 2129: „Товарищество полное составляется изъ двухъ или многихъ товарищей, положившихъ *заедино дѣйствовать общимъ именемъ всѣхъ*". Тотъ-же самый принципъ соблюдается нашимъ торговымъ правомъ, гдѣ товарищество полное носитъ названіе торговаго дома. Ср. *Цитовичъ:* „Учебникъ торговаго права". Кіевъ—С.-Петербургъ 1891. Выпускъ первый стр. 97 и слѣд. *Побѣдоносцевъ*: loc. cit. стр. 534.

[2]) Такія же правила можно вывести изъ опредѣленія нашего торговаго закона, какъ это и дѣлаетъ *Цитовичъ*: loc. cit. стр. 117 и слѣд. 132 и слѣд. Интересенъ въ нашемъ торговомъ домѣ характеръ такъ наз. „гарантіи" отдѣльныхъ товарищей. Хотя имущество торговаго товарищества по нашимъ законамъ обособляется несравненно строже, чѣмъ это

шеніи остается дѣлать еще много. Но уже теперъ достигнуто весьма важное: почва, на которую въ русскомъ законодательствѣ поставленъ нашъ институтъ, вполнѣ подходящая, желательно только, чтобы и будущіе кодификаторы ее никогда не покидали. Благодаря этому твердому основанію, подробная и послѣдовательная разработка новаго закона о полномъ товариществѣ представляетъ относительно небольшія затрудненія.

было сдѣлано въ римскихъ источникахъ, тѣмъ не менѣе въ торговомъ домѣ отдѣльные члены не отвѣчаютъ за долги его in subsidium: кредиторъ товарищества можетъ, обходя общую кассу, обратиться со своимъ требованіемъ къ каждому товарищу непосредственно. *Цитовичъ:* loc. cit. стр. 120, 121. Это тотъ-же взглядъ, котораго держались нѣкоторые римскіе юристы не дошедшіе еще до полнаго выдѣленія имущественной сферы communis arca.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ОТНОШЕНІЯ ТОВАРИЩЕЙ МЕЖДУ СОБОЮ.

ГЛАВА ДЕВЯТАЯ.

Товарищескіе вклады.

Вкладъ товарища деньгами и трудомъ. Распредѣленіе прибылей и убытковъ въ societas unius negotiationis. § 2. Inst. de societate. 3, 25. Разногласіе между *Квинтомъ Муціемъ* и *Сервіемъ Сульпиціемъ*. Императоръ *Діоклетіанъ* подтверждаетъ мнѣніе *Сервія Сульпиція*. Значеніе общаго баланса въ societas unius negotiationis. Въ societas unius negotii нѣтъ никакой надобности въ балансѣ. Мнѣніе *Сервія Сульпиція* о балансѣ. Прогрессъ во взглядѣ *Сервія Сульпиція* сравнительно со взглядомъ *Квинта Муція*. Отношеніе societas omnium bonorum къ вопросу о вкладахъ товарищей.

§ 1. Та стадія развитія, въ которую вступилъ договоръ товарищества подъ вліяніемъ societas unius negotiationis, заключала въ себѣ всѣ элементы, необходимые для того, чтобы выростить широкое коммерческое учрежденіе.

Contractus societatis, какъ бы кристаллизуется, чтобы служить прочнымъ и долговременнымъ экономическимъ интересамъ. Отношенія между участниками товарищества скрѣпляются. Естественна потребность дать союзу болѣе точную организацію, опредѣливъ роль каждаго изъ сочленовъ. Прежде всего мы замѣчаемъ, что обсуждаются свободнѣе и шире обязанности, которыя каждый изъ товарищей долженъ исполнить ради общаго дѣла. Принимаются въ со-

образованіе не только денежные вклады[1]), но и трудъ участника входить въ разсчетъ.

Вопросъ, можно ли кромѣ взноса денегъ, какъ товарищеской обязанности, допустить еще и обязанности другаго свойства, занимаетъ юристовъ уже съ древнѣйшаго времени, такъ какъ практика настоятельно требовала его разрѣшенія.

Поводомъ къ подобнымъ сужденіямъ послужилъ споръ о томъ, какимъ образомъ должны распредѣляться прибыли между отдѣльными товарищами? Пока цѣли contractus societatis были тѣсно ограничены и имѣли въ виду лишь заключеніе одной какой либо сдѣлки, распредѣленіе не представлялось затруднительнымъ: каждый изъ общаго барыша пріобрѣталъ долю, соотвѣтствующую его денежному взносу. Но все это должно было измѣниться, какъ только societas unius negotiationis, со своими сложными дѣловыми операціями, ждала отъ отдѣльныхъ товарищей болѣе напряженной дѣятельности на пользу общаго дѣла. Бывали предпріятія, требовавшія извѣстныхъ техническихъ свѣдѣній, которыми могли обладать лишь немногіе и которыя не были доступны для большинства другихъ товарищей. За примѣрами ходить не далеко. Случалось между прочимъ, что когда цѣль societas unius negotiationis состояла въ сооруженіи коммерческаго судна, въ скупкѣ скота и рабовъ или въ обработкѣ общаго земельнаго участка, въ товарищество привлекались лица, обладавшія необходимыми для подобныхъ цѣлей техническими свѣдѣніями [2]). Обстоятельство же это влекло за собою, чтобы при распредѣленіи прибыли и опредѣленіи убытковъ предпріятія были приняты въ соображеніе какъ количество такъ и качество труда, затраченнаго на общее дѣло.

Объ этомъ издавна спорномъ вопросѣ *Юстиніанъ* дѣлаетъ въ своихъ Институціяхъ любопытныя сообщенія:

§. 2. Inst. de societate. 3, 25: „De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Sejus inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Sejum duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quin-

---

[1]) Пока задачи товарищества ограничивались заключеніемъ одной сдѣлки, опредѣленной тѣсными рамками (unum negotium), конечно не могло быть и рѣчи о другихъ взносахъ, кромѣ денежныхъ.

[2]) L. 29. §. 1. L. 52. §. 15. L. 60. §. 1. Dig. pro socio. 17, 2.

tus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cujus sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit".

Суть дѣла нашей цитаты такова: Тицій и Сей заключили договоръ товарищества, по силѣ котораго первый долженъ получить двѣ трети вѣроятной прибыли, тогда какъ на долю втораго приходится лишь одна треть. Въ то-же время компаніоны условливаются, что возможный ущербъ долженъ быть раздѣленъ обратно пропорціонально: Тицій принимаетъ на себя одну треть, а Сей двѣ трети убытковъ. Спрашивается, дѣйствителенъ ли и сообразенъ ли съ законами такой договоръ? Относительно этого вопроса ведется споръ самыми выдающимися юристами конца республиканскаго періода. *Квинтъ Муцій* придерживается того взгляда, что подобный уговоръ противорѣчитъ существу товарищества. Слова нѣтъ, суть contractus societatis первоначально заключалась именно въ сложеніи взносовъ отдѣльныхъ членовъ съ тою цѣлью, чтобы употребить собранныя средства на одну, строго опредѣленную сдѣлку. При такихъ условіяхъ совершенно умѣстно было требованіе, чтобы участіе каждаго товарища въ выгодахъ общаго дѣла вполнѣ соотвѣтствовало причитающимся на его долю расходамъ.

Изъ вышеприведеннаго текста ясно видно, что въ разбираемомъ юристами случаѣ рѣчь идетъ *только о денежныхъ взносахъ* и, что *Муцію* даже въ голову не приходило, чтобы вклада могли быть иными, а, поэтому, онъ совершенно послѣдователенъ, не допуская неравномѣрности въ распредѣленіи прибыли и убытковъ.

Свободнѣе къ вопросу относится *Сервій Сульпицій* уже потому, что онъ не придерживается стараго начала исключительно денежнаго вклада, допуская возможность и взноса иного рода—въ видѣ личнаго труда—quia saepe opera pro pecunia valet. Теперь понятенъ

и тотъ выводъ къ которому онъ приходитъ, а именно что въ дѣлѣ окончательнаго разсчета возможна неравномѣрность распредѣленія прибылей и убытковъ. По его представленію цѣли товарищества могутъ обнимать самыя обширныя операціи, направленіе-же таковыхъ несомнѣнно нуждается въ людяхъ спеціально къ тому способныхъ и подготовленныхъ. Дѣятельностью такихъ лицъ въ значительной степени обусловливается самый успѣхъ дѣла, которое безъ ихъ участія могло бы не пойти на ладъ.

Справедливость, поэтому, требуетъ, чтобы всякая затраченная на общее предпріятіе способность и работа нашли себѣ и соразмѣрную денежную оцѣнку при окончательномъ разсчетѣ.

Сервій Сульпицій идетъ еще дальше. Онъ даже допускаетъ, что тотъ изъ товарищей, который привнесъ въ дѣло только свою работу, въ нѣкоторыхъ случаяхъ при окончательной ликвидаціи можетъ участвовать исключительно въ прибыляхъ, вовсе не подвергаясь убыткамъ; и такой выводъ вполнѣ послѣдователенъ: если бы при прекращеніи общаго дѣла оказались одни лишь убытки, потеря товарища, привнесшаго только свой личный трудъ, составила бы безвозмездную затрату послѣдняго.

Вышеуказанное мнѣніе *Сервія Сульпиція* впослѣдствіи преобладало въ доктринѣ и практикѣ.

Прослѣдимъ L. 29. §. 1. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo ad Sabinum: Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera quanti damnum est: plerumque enim *tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia*, item si solus naviget si solus peregrinetur, pericula subeat solus".

Прежде всего мы замѣчаемъ, что къ болѣе свободной теоріи *Сервія* о распредѣленіи убытковъ и прибыли между товарищами присоединяется сабиніанецъ *Кассій. А изъ слѣдующей за этимъ* ссылки *Ульпіана* и *Сабина* видно, что послѣдній *(Сабинъ)* предполагаетъ, также совершенно въ духѣ *Сервія*, для нѣкоторыхъ товарищей возможность при ликвидаціи не подвергаться имущественнымъ убыткамъ другихъ, уже въ силу того, что ими безвозмездно затраченъ ихъ личный трудъ:

ibid: ,,quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit *opera* quanti *damnum* est.

Наконецъ, въ заключительной фразѣ выше приведенной цитаты *Ульпіанъ* еще разъ указываетъ на значеніе, которое можетъ имѣть личный трудъ товарища: онъ иногда бываетъ даже важнѣе денежныхъ взносовъ для процвѣтанія общаго дѣла, такъ, напр., въ томъ случаѣ, когда одно изъ участвующихъ въ societas unius negotiationis лицъ управляетъ принадлежащимъ товариществу кораблемъ, когда оно совершаетъ всѣ необходимыя дѣловыя поѣздки или же когда подвергается опасности въ интересахъ предпріятія. Вообще мы находимъ въ источникахъ не мало богатой казуистики, гдѣ на ряду съ денежнымъ взносомъ играетъ важную роль личный трудъ [1]).

Наконецъ высказанный впервые *Сервіемъ Сульпиціемъ* принципъ оффиціально признается въ императорскихъ законахъ:

L. 1. Cod. pro socio. 4, 37. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. et C. C. Aurelio: „Societatem uno pecuniam conferente alio operam *posse contrahi magis* obtinuit.

§ 2. До сихъ поръ мы старались выяснить постепенное расширеніе хозяйственнаго значенія societas unius negotiationis. Между прочимъ мы отмѣтили и то сильное вліяніе, которое оказалъ *Сервій Сульпицій* на развитіе нашего института.

Но всетаки мы не исчерпали всего того, что̀ сдѣлано имъ въ этомъ отношеніи, такъ какъ есть еще другой, и весьма существенный пунктъ, въ которомъ онъ становится въ явное противорѣчіе съ ученіемъ *Квинта Муція*, поборника стараго узкаго взгляда на contractus societatis.

Сервій требуетъ *общаго баланса* при прекращеніи товарищества. По его мнѣнію слѣдуетъ послѣ окончанія всѣхъ операцій привести въ ясность чистую прибыль и убытки:

L. 30. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro sexto ad Sabinum: „Mucius libro quarto scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii

---

[1]) L. 5. §. 1. L. 6. L. 29. pr. L. 52. §. 2, 3, 7, 11. L. 80. Dig. pro socio. 17, 2 *Цицеронъ*—pro Q. Roscio comoedo oratio—упоминаетъ о своеобразномъ товариществѣ—societas histrionis. Въ силу договора одинъ контрагентъ обязался доставить развитаго и талантливаго раба, а взносъ другого состоялъ въ обученіи этого человѣка сценическому искуству. Весь заработокъ артиста-невольника поступалъ въ кассу союза и дѣлился между участниками пополамъ. Судя по словамъ *Цицерона*, подобныя предпріятія доставляли весьма значительные барыши.

ait *nec posse societatem ita contrahi*, neque enim lucrum intelligitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut ejus lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et ejus damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur".

Муцій утверждаетъ, что товарищество не можетъ образоваться, если при самомъ заключеніи договора доля ожидаемой прибыли опредѣляется несоотвѣтствено долѣ убытка. А *Сервій* въ комментаріяхъ къ нему полагаетъ, что товарищество на такихъ условіяхъ даже *логически немыслимо*, ибо можно говорить о прибыли и убыткѣ, лишь тогда, когда операція окончена и подведенъ балансъ. Но разъ балансъ подведенъ, ничто не мѣшаетъ товарищамъ распредѣлить между собою неравномѣрно прибыли и убытки, окончательно выяснившіеся.

Узкое мнѣніе *Муція* сдѣлается понятнымъ только тогда, когда мы предположимъ, что онъ имѣлъ въ виду societas unius negotii, какъ главный, а можетъ быть и единственный, типъ товарищества. Этотъ простой, не сложный договоръ вовсе не допускаетъ личнаго труда, въ качествѣ эквивалента денежнаго взноса, и выраженіе Муція „damnum" должно быть понято лишь въ смыслѣ потери тѣхъ *денежныхъ средствъ*, которыя были внесены товарищами на общее дѣло—для заключенія какой либо точно опредѣленной сдѣлки.

Вполнѣ ясно, что здѣсь съ самаго заключенія договора требовалось установленіе строгаго соотвѣтствія между вкладомъ и ожидаемою прибылью, а при такихъ простыхъ отношеніяхъ можно было вполнѣ обойтись безъ подведенія общаго баланса, мысль о которомъ, поэтому, и должна была оставаться для *Муція* чуждою. Съ своей точки зрѣнія онъ былъ вполнѣ послѣдователенъ.

Но съ другой стороны, не менѣе послѣдователенъ и *Сервій Сульпицій*: признавъ личный трудъ эквивалентомъ денежнаго взноса, онъ неизбѣжно долженъ былъ прійти къ расширенію самой идеи societas и балансъ представлялся ему средствомъ, необходимымъ для точнаго опредѣленія соотношеній между разнородными вкладами.

Не даромъ мы обратили особое вниманіе на мнѣнія *Квинта Муція* и *Сервія Сульпиція*. Разногласіе между ними въ значительной степени выясняетъ ходъ исторіи самаго товарищества. Кромѣ того, благодаря этому спору открываются и другія, не менѣе важныя перспективы.

Если мы, напр., слѣдуя большинству современныхъ юристовъ, допустимъ, что исходною точкою въ историческомъ развитіи римскаго товарищества была societas omnium bonorum, то неизбѣженъ вопросъ: могло ли въ такомъ случаѣ быть когда либо основаніе сомнѣваться въ томъ, что личный трудъ способенъ служить однимъ изъ видовъ товарищескаго вклада? Нѣтъ и нѣтъ! Societas omnium bonorum, какъ форма самаго полнаго имущественнаго общенія, охватывала всю хозяйственную дѣятельность каждаго члена. Все, что бы онъ ни имѣлъ, что бы ни пріобрѣлъ, что бы ни добылъ своимъ промысломъ, немедленно становилось достояніемъ всего союза. А, поэтому, здѣсь и не могло быть мѣста вопросу о равноправности денегъ и личнаго труда, такъ какъ оба вида взноса, въ одинаковой степени необходимые для преуспѣянія общаго дѣла, были тождественны.

ГЛАВА ДЕСЯТАЯ.

Отвѣтственность товарищей относительно другъ друга.

Ученіе объ отвѣтственности товарищей находится въ связи съ ученіемъ о товарищескихъ взносахъ. Отвѣтственность контрагентовъ въ сакральномъ договорѣ. Товарищи отвѣчаютъ первоначально только за dolus и fraus. Это правило не измѣняется вслѣдствіе внесенія actio pro socio въ преторскій эдиктъ. Разногласіе древнихъ юристовъ по вопросу объ отвѣтственности товарищей. §. 8. Inst. de societate. 3, 25. Личный трудъ, какъ товарищескій взносъ и его вліяніе на отвѣтственность товарищей. Взглядъ Цельза. L. 52. §. 2. Dig. pro socio. 17, 2. Товарищи отвѣчаютъ и за culpa. Вліяніе infamia на culpa in concreto въ договорахъ вообще. Особый характеръ мандата, operae liberales. Diligentia quam suis rebus въ современномъ товариществѣ—анахронизмъ, подлежащій устраненію.

§ 1. Въ тѣсной связи съ вопросомъ о вкладахъ находятся всѣ правила, опредѣляющія ту предусмотрительность и осторожность, которую товарищи обязаны соблюдать при веденіи общаго дѣла и во взаимныхъ отношеніяхъ между собою. Правила эти въ значительной степени обусловливались видомъ взноса, да и все ученіе объ отвѣтственности товарищей за dolus и culpa, какъ мы потомъ увидимъ, развивается и идетъ рука объ руку съ характеромъ ихъ вкладовъ.

Въ тѣ времена, когда contractus societatis находился подъ однимъ покровительствомъ Fides-Πίστις, и пока за его неисполненіе не угрожала никакая другая кара, кромѣ гнѣва оскорбленнаго божества, въ соображеніе могли быть принимаемы естественно лишь такія нарушенія интересовъ товарищей, которыя носили характеръ *грѣха*, *попиранія нравственности.*

Впослѣдствіи же, когда цензорскій надзоръ со своимъ magisterium morum сталъ заступаться и за потерпѣвшихъ отъ неисправности товарищей, онъ всетаки и тогда преслѣдовалъ только *умышленное*, *вѣроломное* нарушеніе contractus societatis. Да иначе и быть не могло: цензоры карали одни *безнравственные* поступки т. е. опять-таки dolus и fraus.—Въ самомъ дѣлѣ трудно допустить, чтобы магистратъ клеймилъ своей ignominia людей, которые нанесли своимъ контрагентамъ убытки безъ всякаго злаго умысла, а только по неосторожности, вслѣдствіе простаго упущенія или недостаточнаго знанія дѣла. Во всякомъ случаѣ вмѣненію могъ подлежать лишь поступившій не такъ, какъ подобаетъ поступать *честнымъ* людямъ въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ: „ut inter bonos bene agier [1]).

Несомнѣнно, что, на первыхъ ступеняхъ въ развитіи нашего института, товарищи при заключеніи договора ограничивались обезпеченіемъ себя только отъ взаимнаго обмана—dolus. Это видно, напр., изъ дошедшихъ до насъ образцовъ древнѣйшихъ договоровъ [2]).

> „Inter Cassium Frontinum et Julium Alexandrum societas danistariae ex X kal. Januarias, quae proximae fuerunt Pudente et Polione cos., in pridie idus Apriles proximas venturas ita convenit, ut quidquid in ea societati arrenatum fuerit lucrum damnumve acciderit, aequis portionibus suscipere debebunt — — — In qua societate si quis *dolo malo fraudem* fecisse deprehensus fuerit, in asse uno X unum... denarium unum X. XX... alio inferre debebit“...

Образуя банкирское товарищество, Кассій Фронтинъ и Юлій Александръ обѣщаютъ воздерживаться отъ *dolus malus* и *fraus*; другихъ-же обязательствъ на себя не принимаютъ.

Пока цѣли contractus societatis опредѣлялись лишь одною сдѣлкою (unum negotium), интересы участниковъ и не требовали никакой

---

[1]) Cicero: de officiis lib. III, cap. 15.

[2]) *Bruns:* „Fontes juris Romani antiqui“, pag. 268, 269; ср. наши замѣчанія на стр. 71.

другой гарантіи. Они вполнѣ обезпечивались, коль скоро дѣйствующій отъ имени всего союза товарищъ держался тѣхъ правилъ, которыя вытекали изъ общей идеи fides—не совершалъ ни dolus, ни fraus. Если, напр., нѣсколько лицъ составили компанію для пріобрѣтенія на общія средства участка земли, опредѣленной цѣнности, то какія могли встрѣтиться нарушенія ихъ интересовъ со стороны товарища-представителя? Очевидно такимъ нарушеніемъ могло быть только умышленное неисполненіе задуманнаго плана или пріобрѣтеніе вещи уполномоченнымъ въ свою исключительную пользу. Согласно съ этимъ и позднѣйшіе юристы въ подобныхъ случаяхъ считаютъ компаніона отвѣтственнымъ только за dolus:

> L. 65. §. 4. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeres, teneberis quanti interest mea: sed si ideo renuntiaveris, quia emptio tibi displicebat, non teneberis, quamvis ego emero, *quia hic nulla fraus est*: eaque et Juliano placent“.

„Если мы заключили contractus societatis, для покупки опредѣленнаго предмета, а ты, желая пріобрѣсти его въ исключительную собственность, отрекся отъ договора, то и отвѣчаешь за всѣ причиненные мнѣ убытки. Другое дѣло, если ты вышелъ изъ товарищества вслѣдствіе того, что предположенная сдѣлка потомъ тебѣ не понравилась. Въ такомъ случаѣ ты не виноватъ, такъ какъ съ твоей стороны не было умышленнаго обмана—„nulla fraus est“ [1]).

Внесеніе actio pro socio въ преторскій эдиктъ нисколько не измѣнило прежняго характера отвѣтственности товарища. *Цицеронъ* въ своихъ судебныхъ рѣчахъ часто упоминаетъ о нарушеніи contractus societatis посредствомъ dolus и fraus, но нигдѣ не дѣлаетъ ни малѣй-

---

[1]) Не менѣе характерна въ этомъ смыслѣ L. 52. §. 11. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Si qui societatem ad emendum coierint, deinde res alterius *dolo* vel culpa empta non sit, pro socio esse actionem constat“. „Если былъ заключенъ договоръ товарищества съ цѣлью купить извѣстную вещь, то тотъ изъ товарищей, по винѣ котораго (dolus vel culpa) предполагаемая сдѣлка не состоялась, подвергается отвѣтственности“. Слова „vel culpa“ объясняются, какъ потомъ увидимъ, новѣйшимъ взглядомъ на обязательства товарища. Старыя правила карали одинъ только dolus

шаго намека на то, чтобы этотъ договоръ обязывалъ къ какой бы то ни было предусмотрительности или осторожности [1]).

Несомнѣнно, древній взглядъ на взаимную отвѣтственность товарищей еще довольно долго сохранялся и послѣ появленія actio pro socio, и измѣненія въ немъ совершались не такъ скоро. По крайней мѣрѣ, по словамъ *Юстиніана*, встарину весь этотъ вопросъ считался весьма спорнымъ:

> §. 9. Inst. de societate. 3, 25: „Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est desidiae atque neglegentiae nomine, *quaesitum est*: praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum".

Иными словами: среди юристовъ было разногласіе въ томъ, слѣдуетъ ли посредствомъ actio pro socio привлечь товарища къ отвѣтственности только за то, что имъ было совершено умышленно (si quid dolo commiserit), или же и за убытки, причиненные его неосторожностью (culpae nomine). Послѣднее мнѣніе взяло верхъ: praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum.

Стоя на высотѣ уже завершившагося процесса въ развитіи contractus societatis, *Юстиніанъ* въ своихъ Институціяхъ, какъ въ учебникѣ для молодыхъ юристовъ, знакомитъ грядущія поколѣнія съ вопросами теоріи и практики, занимавшими ученыя школы ихъ предковъ. Одною краткою фразою онъ изображаетъ цѣлую картину тѣхъ путей, по которымъ проходило гражданское право въ классическую эпоху своего процвѣтанія [2]).

Если римскіе преторы, включая въ свой эдиктъ actio pro socio, не отмѣнили наказаній, выработанныхъ цензорскою властью въ видѣ

---

[1]) У *Цицерона* мы встрѣчаемъ слѣдующія выраженія: socium fraudare: pro A Caecina oratio cap. 3, pro P. Quinctio oratio cap. 24. „Socium fortunis spoliare": pro P. Quinctio oratio cap. 6. „Socium fallere": pro Q. Roscio Comoedo oratio cap. 6, 9, pro Sex. Roscio Amerino oratio cap. 40.

[2]) О томъ же разногласіи древнихъ юристовъ упоминаетъ и *Ульпіанъ* въ своихъ комментаріяхъ къ преторскому эдикту: L. 52. §. 2. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, *quaeritur*. Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit"... Ср. и L. 18. pr. in fin. Dig. commodati vel contra. 13, 6. Gajus libro nono ad edictum provinciale..... „*scriptum quidem apud quosdam* invenio, quasi dolum tantum praestare debeas: sed videndum est, ne et culpa praestanda sit"....

ignominia, то неизбѣженъ выводъ, что и они допускали осужденіе лишь тѣхъ товарищей, которые умышленно (dolo) нарушали договоръ. Несомнѣнно, при первоначальномъ появленіи actio pro socio еще были живы традиціи добраго стараго времени, когда contractus fidei находился только подъ контролемъ цензорскаго надзора. Относительно этого преторъ считалъ себя какъ бы преемникомъ цензорской компетенціи съ тою однакоже разницей, что свое главное вниманіе онъ обращалъ на *имущественные* интересы сторонъ. Ignominia, какъ кара за dolus или fraus контрагента, стала отходить на задній планъ, такъ какъ умаленіе гражданской чести являлось уже не единственнымъ послѣдствіемъ умышленнаго нарушенія договора, а на первый планъ выдвигалась обязанность вознаградить потерпѣвшаго за убытки.

Со временемъ этой главной функціи actio pro socio начали придавать все бóльшую важность, разумѣя ее шире и глубже. Уже начальный, наименѣе сложный типъ римскаго товарищества, societas unius negotii, нерѣдко вмѣняетъ въ обязанность кому нибудь изъ своихъ членовъ заключить отъ имени товарищей опредѣленную сдѣлку съ постороннимъ лицомъ подъ угрозой *имущественной* отвѣтственности. Послѣдняя еще болѣе усилилась, когда на ряду съ денежными вкладами сталъ являться и личный трудъ. Принципъ „opera pro pecunia valet“ влечетъ за собою оцѣнку этого труда и опредѣленіе его пригодности. Требуется именно извѣстная соразмѣрность его стоимости и денежныхъ взносовъ—pretium operae est velamentum. При такихъ условіяхъ, само собою прежнія правила объ отвѣтственности товарищей только за dolus и fraus должны были оказаться и узкими и устарѣвшими. Юристы начали обращать вниманіе на неосторожность и небрежность, допущенныя товарищами въ дѣлахъ компаніи, принимая въ соображеніе происходившіе отъ этого убытки. Весьма характерно, что младшій *Цельзъ*, поднявшій вопросъ о „culpa sociorum“ и впервые пытавшійся расширить предѣлы отвѣтственности товарищей, пришелъ къ такому выводу только въ виду возможности личнаго труда, какъ товарищескаго взноса:

L. 52. §. 2. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro septimo di-

gestorum ita scripsit: socios inter se dolum *et culpam* praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, *arter oberamve pollicitus* est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi *etiam culpa* praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. Quod si rei communi socius nocuit, magis admittit culpam quoque venire".

„Спрашивается, отвѣчаетъ ли socius только за злой умыселъ—dolus—или же и за неосторожность culpa? Въ седьмой книгѣ своихъ Дигестъ *Цельзъ* говоритъ: товарищи въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ подлежатъ отвѣтственности въ обоихъ случаяхъ, и особенно когда при самомъ заключеніи contractus societatis былъ допущенъ, въ видѣ взноса, личный трудъ (ars operave). Напр., одинъ изъ участниковъ, вмѣсто денежнаго вклада, обязывается смотрѣть за общимъ стадомъ, или же испола обработать поле[1]). Въ такомъ случаѣ трудъ долженъ имѣть извѣстную цѣнность, и если будетъ нанесенъ ущербъ общему дѣлу, то необходимо принимать въ соображеніе и неосторожность".

Такимъ образомъ, со временъ *Цельза* отвѣтственность товарищей не только за dolus, но и за culpa принципіально была признана. Самъ собою возникаетъ вопросъ: какая-же степень неосторожности вмѣнялась товарищу въ вину? Какого же рода предусмотрительность была обязательна, для того, чтобы товарищъ считался исправнымъ. На это отвѣчаетъ *Гай*:

L. 72. Dig. pro socio. 17, 2. Gajus libro secundo cottidianarum rerum: „Socius socio etiam culpae nomine tenetur, id est desidiae atque neglegentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet"[2]).

---

[1]) Ср. Глоссу *Аккурсія* къ приведенной цитатѣ: „Erant politores, qui agros excolere atque polire consueverant". *Пернисъ* видитъ въ этой politio особое правоотношеніе, составлявшее, по его словамъ, одинъ изъ главныхъ корней договора товарищества въ римскомъ правѣ. См. „Labeo". Томъ II, стр. 282 и „Parerga" I. въ Zeitschrift für Rechtsgeschichte. Томъ 16. стр. 49. Намъ однакоже кажется, что юристы-классики не придавали ей такого значенія. По крайней мѣрѣ *Цельзъ* и *Ульпіанъ* приводятъ politio только въ видѣ одного изъ тѣхъ разнообразныхъ случаевъ societas unius negotiationis, гдѣ товарищескій взносъ состоитъ въ личномъ трудѣ (*veluti* cum - - agrum politori damus).

[2]) Слова *Гая* почти съ буквальною точностью были потомъ заимствованы *Юстиніаномъ* въ его Институціяхъ. §. 9. Inst. de societate. 3, 25.

Иными словами: товарищъ въ общемъ отвѣчаетъ за неосторожность—culpa, нерадивость—desidia и небрежность—neglegentia. Но во всякомъ случаѣ достаточно, если въ дѣлахъ союза онъ соблюдаетъ ту же предусмотрительность, съ какою ведетъ собственныя дѣла. Поэтому, если бы кто либо заключилъ contractus societatis съ лицомъ, не отличающимся особенною аккуратностью, то пусть онъ пеняетъ на самого себя.

По какимъ же соображеніямъ *Гай* относительно товарищей ограничивался требованіемъ лишъ той доли рачительности, которую каждый изъ нихъ обнаруживаетъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ—diligentia, quam suis rebus adhibere solet? Новѣйшіе писатели, между прочимъ *Pernice*[1]), предполагаютъ, что римскіе юристы, устанавливая особый видъ diligentia, хотѣли смягчить требованіе той осторожности, которая свойствена развѣ образцовому хозяину—diligentia diligentissimi patris familias. Съ этимъ, пожалуй, можно согласиться, и тѣмъ болѣе, что такое мнѣніе подтверждается самимъ *Гаемъ*:

ibid: culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: *sufficit* etiam talem diligentiam communibus rebus adhibere....

Впрочемъ толкованіе *Перниса* едва ли достаточно разъясняетъ мотивы, вслѣдствіе которыхъ товарищи подлежали подобной отвѣтственности; и всетаки вопросъ, почему юристы считали нужнымъ такого рода смягченіе (diligentiae diligentissimi), остается открытымъ.

Чтобы вполнѣ понять взгляды источниковъ, надо снова вспомнить, что послѣ цензора и преторскій эдиктъ заимствовалъ infamia, вытекавшую изъ actio pro socio. Мы видѣли, какъ были послѣдовательны древнѣйшіе юристы, осуждая только *умышленное нарушеніе* contractus societatis посредствомъ fraus или dolus. По ихъ справедливому мнѣнію, ignominia считалась совершенно неумѣстною тамъ, гдѣ убытокъ былъ причиненъ вслѣдствіе недостаточнаго знакомства съ дѣломъ—imperitia, нерадивости—desidia, или даже вслѣдствіе такой неосторожности—neglegentia, которой не допустилъ бы развѣ только наилучшій хозяинъ—diligentissimus pater familias. Однако же, мы знаемъ, что практика брала

---

[1]) Labeo. Томъ II, стр. 361 и слѣд.

свое. Съ тѣхъ поръ, какъ на ряду съ деньгами, въ качествѣ товарищескаго взноса, начали допускать и личный трудъ, старый и вполнѣ послѣдовательный взглядъ оказался непримѣнимымъ, и при оцѣнкѣ этого труда потребовались критеріи другого рода. Culpa стала настойчиво стучаться въ двери contractus societatis, которыя, наконецъ, передъ нею и раскрылись благодаря *Цельзу*. Но если при нарушеніи договора товарищества, принимали во вниманіе и неосторожность участника, всетаки юристы не могли игнорировать и ту infamia, которая была связана съ несоблюденіемъ contractus societatis. Основаніемъ ея считался злой умыселъ отвѣтчика; поэтому-то и старались исключить изъ понятія diligentia, обязательной для товарища, элементы способности, энергіи и предусмотрительности, *свойственныхъ образцовому хозяину*—diligentissimi patris familias. Тѣмъ не менѣе отъ всякаго *честнаго* контрагента вполнѣ можно было требовать той доброй воли и усердія, съ какими онъ повелъ бы собственныя дѣла. Предусмотрительность и познанія, проявляемыя имъ въ *своемъ* хозяйствѣ, онъ долженъ приложить и къ дѣлу компаніи. Въ случаѣ же непримѣненія diligentia, quam suis rebus adhibere solet, товарищъ, конечно, не могъ оправдаться тѣмъ, что испорченное имъ предпріятіе приходилось ему не по плечу, такъ какъ онъ очевидно не соблюдалъ всего того, что̀ только могъ, и что́ онъ всегда обнаруживаетъ въ собственныхъ дѣлахъ. Тутъ суть не въ силахъ, а въ доброй волѣ. Несомнѣнно одно: подобное явное пренебреженіе къ интересамъ товарищества сравнительно со своими собственными, приближаясь въ значительной степени къ злому умыслу (dolus in faciendo), должно было считаться недобросовѣстностью и съ этой точки зрѣнія повлечь за собою умаленіе гражданской чести—ignominia.

Случай изъ нашей русской судебной практики еще лучше можетъ выяснить нравственную сторону такъ называемой. culpa in concreto: три фармацевта образовали товарищество для открытія въ губернскомъ городѣ П. аптеки. Договоръ былъ заключенъ на 10 лѣтъ (societas inita in tempus [1]) и состоялъ въ томъ, что два первые контрагента А и В внесли нужный капиталъ, между тѣмъ какъ С обязался завѣдывать аптекою. Его товарищескій взносъ состоялъ, такимъ обра-

---

[1]) L. 65. §. 6. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Item qui societatem in tempus coit"....

зомъ, въ личномъ трудѣ (artem operamve pollicitus est [1]). По истеченіи восьмилѣтняго срока С сталъ хлопотать о продолженіи договора на новое десятилѣтіе. Но А и В, неоднократно выражавшіе недовольство по поводу веденія общаго дѣла товарищемъ С, на такое предложеніе не согласились. Послѣ этого С открылъ въ другой части города собственную аптеку и хотя особыхъ упущеній въ завѣдываніи аптекою товарищеской онъ и не допускалъ, но всетаки свое собственное предпріятіе обставилъ во всѣхъ отношеніяхъ на столько лучше и осмотрительнѣе, что въ скоромъ времени значительная часть прежнихъ кліентовъ товарищества стала переходить къ нему. Подобное отношеніе къ дѣлу не соотвѣтствовало той добросовѣстности, которую могли требовать товарищи, и подходило къ разряду умышленнаго нарушенія общихъ интересовъ—dolus vel fraus [2]).

Смѣемъ думать, что послѣ всего нами сказаннаго вполнѣ выяснилось, какъ, даже въ позднѣйшія времена, въ римскомъ правѣ могла продолжаться связь между infamia и actio pro socio.

Благодаря приведенной илюстраціи къ данному вопросу, и слова *Гая*, повторяемыя *Юстиніаномъ*—quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet [3])—вовсе не являются такою пустой, почти безсмысленною фразой, какою выставляютъ ихъ нѣкоторые современные писатели [4]). Слова эти, напротивъ, ясно и точно выражаютъ слѣдующую мысль: отъ своего товарища требуй *только доброй воли*, а все другое—и знаніе дѣла, и особыя способности—actio

---

[1]) L. 52. §. 2. Dig. eod. tit. 17, 2, cit. на стр. 166, 167.

[2]) Съ этой точки зрѣнія, напр., германское торговое право запрещаетъ участникамъ въ торговомъ товариществѣ, безъ согласія компаніоновъ, по той-же отрасли промышленности, которой занимается союзъ, открывать свое собственное предпріятіе, для того, чтобы не угрожать конкурренціею общему дѣлу. Ср. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 96. Болѣе общее опредѣленіе въ „Саксонскихъ гражданскихъ законахъ" ст. 1370.

[3]) §. 9. in fin. Inst. de societate. 3. 25: „Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet".—Тотъ же взглядъ мы встрѣчаемъ и тамъ, гдѣ говорится въ источникахъ объ отвѣтственности депоситарія: L. 1. §. 5. Dig. de obl. et act. 44, 7. Gajus libro secundo aureorum: „Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus - - in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: neglegentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui neglegenti amico rem custodiendam committit, *de se queri debet.*

[4]) *Dernburg*: „Pandecten". Томъ II, §. 125, примѣч. 8. Ср. и *Pernice*: „Labeo". Томъ II, стр. 361.

pro socio не принимаетъ въ соображеніе. Если же ты въ этомъ отношеніи ошибся—твое дѣло, а законъ съ такими претензіями не считается.

Признавая отвѣтственность товарища за culpa in concreto, источники не разстаются со старымъ принципомъ, что *только fraus и dolus составляютъ нарушеніе fidei sociorum*; но съ другой стороны они предоставляютъ всякому полную возможность осторожнымъ выборомъ контрагентовъ довести diligentia quam suis rebus adhibere solet до тѣхъ высшихъ размѣровъ, которымъ соотвѣтствуетъ только diligentia diligentissimi т. е. предусмотрительность образцоваго хозяина.

§ 2. Нельзя не замѣтить, что во всѣхъ договорахъ, по которымъ иски могли привести къ умаленію гражданской чести, стороны отвѣчали только за dolus или за culpa in concreto. Actio fiduciae и depositi были связаны съ infamia, но вмѣстѣ съ тѣмъ contractus fiduciae и depositi признавали отвѣтственность лишь за fraus и dolus [1]). Къ разряду исковъ, которые могли привести къ infamia, принадлежала также actio tutelae. По указанному нами принципу и опекунъ, относительно управленія имуществомъ опекаемыхъ, отвѣчалъ только за culpa in concreto [2]).

Извѣстно, что въ римскомъ правѣ существовало всего пять различныхъ договоровъ, въ которыхъ нарушители лишались гражданской чести. Четырьмя изъ нихъ—contractus fiduciae, depositi, societatis и tutelae—выводъ нашъ подтверждается и только одинъ—mandatum—составляетъ отступленіе: принявшій на себя порученіе (mandatarius) обязанъ соблюдать diligentia diligentissimi [3]), но всетаки его неисправность подходила подъ понятіе оскорбленія fides и разсматривалась какъ fraus, влекущая за собою infamia:

L. 6. §. 5. Dig. de his qui notantur infamia. 3, 2. Ulpianus libro sexto ad edictum: „Mandati condemnatus": verbis edicti nota-

[1]) L. 1. §. 5. Dig. de obl. et act. 44, 7.

[2]) L. 1. pr. Dig. de tutelae et rationibus distrahendis 27, 3. Ulpianus libro trigesimo sexto ad edictum: „In omnibus quae fecit tutor, cum facere non deberet, item in his quae non fecit rationem reddet hoc judicio, praestando dolum, culpam et quantam in suis rebus diligentiam". Ср. L. 3. pr. Dig de administratione et periculo tutorum. 26, 7.

[3]) L. 13. Cod. mandati 4, 35. Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. и C. C. Zosimo: „A procuratore dolum et *omnem* culpam, non etiam improvisum casum praestandum esse juris auctoritate manifeste declaratur". Ср. L. 11. 21. Cod. eod. tit. Ср. съ этимъ L. 23. Dig. de diversis reg. jur. 50, 17. и L. 8. §. 10. L. 10. §. 1. L. 22. §. 11. Dig. mandati. 17, 1.

tur non solum qui mandatum suscepit, sed et is, qui *fidem, quam adversarius secutus* est, non praestat" [1]).

Какъ видно изъ словъ *Ульпіана*, осужденіе въ judicium mandati предполагало вѣроломство—обманъ надеждъ, основанныхъ на данныхъ обѣтахъ. Но почему мандатарій могъ считаться вполнѣ исправнымъ только тогда, когда имъ было обнаружено усердіе diligentissimi patris familias? На какомъ основаніи за нимъ признается „perfidia", даже тамъ, гдѣ депозитарій, товарищъ, опекунъ были бы оправданы?

Чтобы точно понять это отступленіе отъ установленнаго нами принципа, слѣдуетъ разъяснить мотивы возникновенія contractus mandati въ области римскаго гражданскаго права. Мотивы эти ясно высказаны юристомъ *Павломъ*:

L. 1. §. 4. Dig. mandati 17, 1. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Mandatum nisi gratuitum nullum est: *nam originem ex officio et amicitia trahit*".

Въ основаніи мандата—два элемента: съ одной стороны это дружеская услуга, а съ другой—officium, которое покрываетъ собою безкорыстную услугу, безвозмездное одолженіе:

ibid: „contrarium ergo est *officio* merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit".

Эта принципіальная безвозмездность мандата, на которую, въ отличіе отъ договора найма, указалъ источникъ, должна напомнить намъ, что кромѣ дружескихъ услугъ въ сферу мандата входили и такъ назыв. operae liberales, quae locari non solent [2]).

На многія профессіи римляне смотрѣли съ той точки зрѣнія, что онѣ, по благородству и возвышенности своихъ задачъ, не должны терпѣть никакого денежнаго вознагражденія [3]).

---

[1]) См. наше толкованіе этой цитаты въ „Die Mandatsbürgschaft nach römischem Recht". Halle 1891, стр. 94.

[2]) L. 1. pr. Dig. de variis et extraord. cogn. 50, 13. „quae Graeci ἐλευθέρια appellant".

[3]) Ср. глоссу *Аккурсія* къ L. 1. §. 4. Dig. cit.: „Mandatum est officium *honestum* gratis susceptum".

Прежде всего эта точка зрѣнія примѣнялась ко всѣмъ отраслямъ государственной службы въ высшихъ должностяхъ [1]).

Кромѣ того римская жизнь выработала цѣлый рядъ самыхъ разнообразныхъ занятій—то полуоффиціальнаго, то частнаго характера,—которымъ посвящали себя преимущественно люди знатные и въ матеріальномъ отношеніи вполнѣ независимые [2]). Эти-то operae liberales, эти свободныя профессіи сначала не входили въ сферу гражданскаго права, и всякое лицо, пользуясь услугами представителя подобныхъ занятій, на первыхъ порахъ не вступало съ нимъ ни въ какую юридическую связь. Отношенія были чисто фактическія, въ основаніи ихъ лежало одно только взаимное довѣріе. Такимъ свободнымъ ремесломъ считалось, между прочимъ, дѣло mensor'а—публичнаго таксатора и землемѣра. Еще Дигесты говорятъ о немъ, какъ о лицѣ не подлежащемъ, съ точки зрѣнія гражданскаго закона, никакой отвѣтственности (*civiliter* obligatus non est), и только впослѣдствіи преторъ сталъ допускать противъ неисправнаго mensor'а actio in factum [3]), которая затѣмъ постепенно переходила въ actio mandati directa [4]).

Благодаря такому ходу вещей, въ позднѣйшіе періоды operae liberales составляли главную почву для примѣненія мандата. Кругъ ихъ былъ столь обширенъ, что обнималъ собою самыя разнообразныя занятія. Для всѣхъ ихъ непремѣнно требовалось и бóльшее умствен-

---

[1]) Если республиканскій магистратъ временно передавалъ ввѣренныя ему государствомъ полномочія другому, подчасъ даже частному лицу, то въ такомъ случаѣ употреблялся даже терминъ „*mandare* potestatem, jurisdictionem". Можно предполагать, что высшіе чины временъ принципата основывали свою должностную власть именно на такихъ мандатахъ. См. *Hirschfeld:* „Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Verwaltungsgeschichte". Berlin 1876. Томъ I, стр. 242. 268 и слѣд. Весьма вѣроятно, что на развитіе мандата публичное право оказало сильное вліяніе, точно такъ же, какъ и на locatio conductio и быть можетъ societas. ср. выше стр. 89.

[2]) L. 1. §. 1. Dig. si mensor fals. mod. dixerit 11, 6. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: „visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui *civiliter obligatus non est*".

[3]) L. 1. pr. Dig. si mensor fals. mod. dixerit. 11, 6. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: „Adversus mensorem agrorum praetor *in factum actionem* proposuit".

[4]) О contractus mandati, заключенномъ съ mensor'омъ говорится въ Дигестахъ неоднократно: см. L. 2. §. 1. Dig. si mensor fals. mod. dixerit. 11, 6. Paulus libro vicensimo quinto ad edictum: „Sed si ego tibi, cum esses mensor, *mandaverim*, ut mensuram agri ageres"... L. 3. pr. Dig. eod. tit.

ное развитіе и высшія нравственныя достоинства [1]). Какъ operae liberales разсматривалась дѣятельность врачей, юрисконсультовъ, педагоговъ и т. д. Ремесло акушерки—obstetrix—причислялось также къ этому разряду [2]). Упомянутыя officia особенно уважались. Общество вполнѣ полагалось не только на познанія, но и на честность и исправность ихъ представителей.

Естественно, всякая, даже малѣйшая, небрежность лица, поставленнаго общественнымъ мнѣніемъ на столь видный пьедесталъ и въ столь исключительное положеніе, должна была заслуживать особенно строгаго порицанія, и кто, благодаря всеобщему довѣрію, стоялъ на такой высотѣ, тотъ долженъ былъ на ней удержаться, а оказавшійся впослѣдствіи недостойнымъ, оскорблялъ саму идею честности. Fides, требуемая отъ представителей operae liberales, должна была проявляться въ особомъ усердіи и вниманіи къ интересамъ своихъ кліентовъ. Подобно тому, какъ консулы и другіе государственные чины подлежали самой строгой отчетности, и неудачи не вмѣнялись имъ только тогда, когда происходили отъ обстоятельствъ, отъ нихъ не зависящихъ (vis major, casus), мандатарій обязанъ былъ доказать, что по дѣламъ мандаита (qui fidem ejus secutus est [3]) онъ не допускалъ ни малѣйшей неосторожности, ни малѣйшей непредусмотрительности. Напримѣръ, врачъ *обѣщаетъ* вылечить больнаго—qui alicujus partis corporis vel certi doloris **sanitatem pollicetur** [4]) этимъ онъ беретъ на себя серьезный и важный долгъ, употребить всѣ человѣческія усилія, чтобы только исполнить свое **обѣщаніе**. Конечно, чудесъ, торжества надъ непобѣдимыми силами природы отъ него никто не требуетъ, но онъ можетъ подлежать отвѣт-

---

[1]) Cicero: de officiis lib. I, cap. 42: Quibus autem artibus aut prudentia major inest aut *non mediocris utilitas quaeritur*, ut medicina, ut architectura, *ut doctrina rerum* honestatum, eae sunt iis quorum ordini conveniunt, honestae.

[2]) L. 1 pr. §. 1. Dig. de variis et extraord. cognit. 50, 13: Ulpianus libro octavo de omnibus tribunalibus: „Liberalia autem studia accipimus, quae Graeci ἐλευθέρια appellant rethores continebuntur, grammatici, geometrae. §. 1. Medicorum quoque eadem causa est quae professorum, nisi quod justior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant.... § 2. Sed et obstetricem audiant, quae utique medicinam exhibere videtur. § 3. Medicos fortassis quis accipiet etiam eos, qui alicujus partis corporis vel certi doloris sanitatem pollicentur: ut puta si auricularius, si fistulae vel dentium.

[3]) L. 6. §. 5. Dig. de his qui notantur infamia. 3, 2.

[4]) L. 1. §. 3. Dig. de variis et extraord. cognit. 50, 13. cit.

ственности не только за небрежность, но и за невѣдѣніе (imperitia) своего дѣла, поскольку послѣднее выяснено наукою. Онъ не смѣетъ, говоритъ *Ульпіанъ*, свое невѣжество прикрыть слабостью человѣческой природы—humana fragilitas. Леченіе безъ знанія считается поступкомъ мошенника (delictum decipientis homines), который не можетъ остаться безнаказаннымъ [1]). Вполнѣ понятно, подобный проступокъ долженъ былъ считаться безчестнымъ и потому подлежащимъ ignominia, хотя собственно dolus въ немъ и не было.

Пока преторская практика не выработала особаго иска, защищающаго интересы мандата, infamia была единственнымъ средствомъ, обезпечивающимъ общество отъ возможныхъ злоупотребленій врачей, юрисконсультовъ и представителей другихъ свободныхъ профессій [2]).

Намъ кажется, воззрѣніе римлянъ на этотъ родъ contractus mandati и на operae liberales едва ли чѣмъ отличается отъ нынѣшнихъ понятій. И теперь врачъ-шарлатанъ, адвокатъ недобросовѣстный—явленіе одинаково предосудительное, въ равной мѣрѣ заслуживающее порицанія. Чѣмъ выше въ нашихъ глазахъ профессія, чѣмъ болѣе цѣнимъ мы ея умѣлыхъ, самоотверженныхъ дѣятелей, тѣмъ строже здѣсь мы осуждаемъ всякое злоупотребленіе.

Если столь строгій критерій и вполнѣ примѣнимъ къ officia или къ operae liberales, то всетаки еще вопросъ, умѣстенъ ли онъ относительно тѣхъ многочисленныхъ случаевъ, когда сдѣлка носитъ характеръ простой дружеской услуги (amicitiae gratia), оказанной постороннему лицу? Прежде всего не слѣдуетъ терять изъ виду, что хотя въ нынѣшней системѣ пандектнаго права и принято выставлять, какъ непремѣнное условіе, отвѣтственность мандатарія за несоблюденіе diligentia diligentissimi, но въ источникахъ этотъ вопросъ представляется далеко не столь безспорнымъ. И въ самомъ дѣлѣ, въ Дигестахъ найдется не

---

[1]) L. 6. §. 7. Dig. de officio praesidis. 1,18. Ulpianus libro primo opinionum: „Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per *imperitiam commisit, imputari ei debet*: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet“. Cp. L. 8. pr. Dig. ad leg. Aquiliam 9, 2.

[2]) Надзоръ надъ дѣятельностью врачей въ провинціяхъ принадлежалъ намѣстникамъ—praesides provinciae.—Cp. L. 6. §. 7. Dig. cit. Не безъинтересно, что и въ настоящее время у нѣкоторыхъ дикихъ племенъ, какъ то у Багобосовъ въ южномъ Миданао, врача, не вылечившаго больного, строго наказываютъ. См. *Post*: „Studien zur Entwickelungsgeschichte des Familienrechts“. Oldenburg und Leipzig 1889, стр. 134.

мало мѣстъ, прямо говорящихъ, что, по крайней мѣрѣ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, мандатарій отвѣчалъ лишь за dolus и culpa lata. Достаточно указать на mensor'a: его отношенія къ кліентамъ разсматривались какъ мандатъ, и тѣмъ не менѣе онъ считался виновнымъ только въ случаѣ dolus и culpa lata:

L. 1. §. 1. Dig. si mensor falsum modum dixerit. 11, 6: Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: „visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, *si dolus malus solus* conveniatur ejus hominis - - - Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit - - - lata culpa plane dolo comparabitur".

Объ отвѣтственности манданта говоритъ:

L. 3. pr. Dig. eod. tit. Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum: „Si duobus (sc. mensoribus) mandavero et ambo dolose fecerint, adversus singulos in solidum agi poterit".

„Если двумъ mensor'амъ дано порученіе и оба они поступаютъ недобросовѣстно, то противъ каждаго изъ нихъ можно предъявить искъ въ полномъ объемѣ убытковъ".

Мы видимъ, заключеніе мандата нисколько не помѣшало *Ульпіану* отвергать необходимость omnis diligentia мандатарія и ограничивать отвѣтственность его только случаемъ злаго умысла—dolus и culpa lata, quae dolo comparatur [1]).

Это то свидѣтельство столь авторитетнаго римскаго юриста [2]) послужило поводомъ, что въ литературѣ стали появляться сторонники взгляда, по которому мандатарій вообще не отвѣчаетъ за omnis

---

[1]) L. §. 1. Dig. si mensor falsum modum dixerit. 11, 6.

[2]) Сюда же относится L. 8. §§. 9, 10. Dig. mandati 17, 1: Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere non restituit: § 10. proinde si tibi mandavi, ut hominem emeres, tuque emisti, teneberis mihi, ut restituas. Sed etsi dolo emere neglexisti — — — aut si lata culpa — — teneberis. Sed etsi servus, quem emisti fugit, si quidem dolo tuo, teneberis, si dolus non intervenit nec culpa, non teneberis....— (Тотъ поступаетъ недобросовѣстно, кто не выдаетъ вещи, которую онъ можетъ выдать. Допустимъ, что я тебѣ далъ порученіе купить раба; въ такомъ случаѣ ты обязанъ вручить его мнѣ, коль скоро ты его купилъ. Но если ты умышленно—dolo—или по небрежности—culpa lata—раба не купилъ, то за это ты отвѣчаешь. И если наконецъ купленный тобою рабъ убѣжалъ,—ты также отвѣчаешь, но только за злой умыселъ и крайнюю небрежность, далѣе твоя отвѣтственность нейдетъ). Ср. также L. 5. §. 4. Dig. de praescr. verb. 19. 5.

culpa [1]). Но это уже крайность—одно увлеченіе. Всетаки нельзя оставить безъ вниманія и то характерное обстоятельство, что всѣ законы, опредѣляющіе подробнѣе culpa мандатарія, встрѣчаются въ Кодексѣ и принадлежатъ императорамъ позднѣйшаго времени: *Діоклетіану* и *Константину*. Это наводитъ на мысль, что такое правило устанавливалось не вдругъ, но было результатомъ продолжительнаго историческаго процесса, отдѣльные моменты котораго теперь трудно обозначить [2]). Очевидно, болѣе строгій критерій относительно отвѣтственности мандатарія выработался лишь впослѣдствіи и, быть можетъ, подъ сильнымъ вліяніемъ воззрѣнія римлянъ на operae liberales. Но какъ бы то ни было, существовали и другія, болѣе общія соображенія, въ силу которыхъ отъ лица, занимавшагося amicitiae gratia чужими дѣлами, можно было требовать *высшей* предусмотрительности.

Цѣль мандата состояла въ совершеніи извѣстной сдѣлки (res mandata [3]), отъ имени давшаго порученіе. Мандатарій, такимъ образомъ, являлся въ полномъ смыслѣ слова представителемъ интересовъ одного только довѣрителя. Онъ дѣйствовалъ исключительно въ хозяйственной сферѣ другого субъекта, а этимъ самымъ опредѣлялись размѣры требуемой отъ него осторожности и заботливости. Если же таковой не оказалось, оправданіе съ его стороны, что и въ собственныхъ дѣлахъ (in suis rebus) онъ поступаетъ такъ-же, какъ поступилъ въ дѣлахъ довѣрителя, едва ли было бы принято во вниманіе. Мандантъ и прибѣгаетъ къ услугамъ посторонняго лица только въ надеждѣ, что лицо это будетъ дѣйствовать не хуже его самого, а иначе, пожалуй, онъ бы къ нему и не обратился. Можно даже сказать, что въ большинствѣ случаевъ онъ прямо разсчитываетъ на опытность и на искусство мандатарія. Стало быть, масштабомъ для оцѣнки дѣйствій послѣдняго должны служить несубъективные, а непремѣнно объективные соображенія. Такой мѣркой мо-

---

[1]) См. указанія у *Hasse*: „Die Culpa des römischen Rechts". Bonn 1838, стр. 360.

[2]) Мнѣніе, что первоначально мандатарій отвѣчалъ только за dolus и culpa lata, встрѣчается и у *Перниса*: Labeo. Томъ II, стр. 300 слѣд. Тотъ же авторъ утверждаетъ, что прямыя указанія на отвѣтственность мандатарія за omnis culpa встрѣчаются только въ позднѣйшихъ источникахъ.

[3]) Ср. *Pernice:* Labeo. Томъ I, стр. 443 и приведенныя здѣсь цитаты.

жетъ быть только diligentia boni patris familias. Это прямо высказано въ позднѣйшихъ источникахъ, устанавливающихъ болѣе строгую отвѣтственность мандатарія:

L. 21. Cod. mandati. 4, 35. Imp. Constantinus A. Volusiano pp.: „In re mandata non pecuniae solum, cujus est certissimum mandati judicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: *aliena vero negotia exacto officio geruntur* nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est“.

Иными словами: принимая на себя порученіе, мандатарій рискуетъ не только своимъ имуществомъ, но и своей гражданской честью. Въ дѣлахъ собственныхъ каждый является полнымъ хозяиномъ, распоряжаясь, если и не всегда, то большею частью, по личному усмотрѣнію; чужими же дѣлами надо управлять, соблюдая самую строгую добросовѣстность, такъ какъ здѣсь малѣйшая небрежность, малѣйшее упущеніе угрожаютъ отвѣтственностью.

§ 3. До сихъ поръ мы разсуждали о вопросѣ, непосредственно не связанномъ съ предметомъ нашего изслѣдованія. Мы только хотѣли выяснить, почему всѣ contractus bonae fidei, нарушеніе которыхъ влекло за собою потерю гражданской чести, ограничивались отвѣтственностью только за dolus и такъ назыв. culpa in concreto. Было высказано предположеніе, что на первыхъ порахъ своего развитія и мандатъ требовалъ отъ контрагентовъ лишь одного—чтобы съ ихъ стороны не было злаго умысла. Такой взглядъ оправдывается самими источниками, и если со временемъ этотъ договоръ дѣлался какъ бы исключеніемъ изъ общаго правила, то причиною здѣсь являются особыя его цѣли, настоятельно вызывавшія болѣе строгій разборъ возможныхъ дѣйствій повѣреннаго. Несомнѣнно, впрочемъ, что въ позднѣйшіе періоды римскіе юристы начали вообще тяготиться умаленіемъ чести, какъ неизбѣжною карою для нарушителей извѣстныхъ обязательствъ. Бывали, напр., случаи, когда diligentia quam suis rebus adhibere solet не удовлетворяла нуждамъ практики, когда къ дѣйствіямъ лица, въ интересахъ общихъ и частныхъ, требовалось примѣнить масштабъ болѣе строгій, абсолютный. Какъ слѣдовало поступить, если поведеніе лица, подлежащаго отвѣтственности за culpa in concreto, далеко отставало отъ заботливости образцоваго хозяина, но въ

то-же время *съ субъективной* точки зрѣнія оказывалось вполнѣ осторожнымъ и предусмотрительнымъ? Неужели и тогда можно было допустить ignominia? На этотъ вопросъ *Ульніанъ* отвѣчаетъ отрицательно: если опекунъ будетъ устраненъ отъ опеки вслѣдствіе врожденной лѣни, необразованности, неповоротливости или глупости, то онъ не подвергается умаленію гражданской чести [1]; и по всей справедливости, ignominia здѣсь была бы неумѣстна: перечисленныя качества такого рода, что опекунъ, надѣленный ими, терпимъ быть не долженъ, но всетаки они нерѣдко могутъ встрѣчаться и у людей честныхъ, конечно, неповинныхъ въ томъ, что либо духовное завѣщаніе, либо законъ или распоряженіе начальства [2]) наложили на нихъ несродныя имъ обязанности.

§ 4. Своими соображеніями мы вовсе не пытаемся установить какую нибудь новую теорію culpa по римскому гражданскому праву. Было бы даже неправильно безусловно связывать diligentia quam quis suis rebus adhibere solet съ infamia, въ томъ предположеніи, что первая безъ второй не встрѣчалась. Извѣстно, напр., что мужъ распоряжаясь приданымъ жены отвѣчалъ за culpa in concreto, хотя ему и не угрожала infamia [3]). Всѣ эти обстоятельства не позволяютъ намъ утверждать, что culpa in concreto *всегда* принималась за злой умыселъ, хотя бы и меньшій [4]). Намъ потому и кажется, что всѣ попытки возложить culpa на прокрустово ложе одной общей теоріи, не имѣли удовлетворительныхъ результатовъ. Какъ бы ни были широки и остроумны комбинаціи современныхъ ученыхъ, отъ нихъ всетаки ускользали недосмотренные факты. Да иначе и быть не могло. Великіе юристы классическаго періода всегда стояли на строгой почвѣ дѣйствующаго закона, толкуя и расширяя его съ крайней осторожностью, подчиняясь лишь настойчивымъ требова-

---

[1]) L. 3. §. 18. Dig. de suspectis tutoribus 26, 10. Ulpianus libro trigensimo quinto ad edictum: „Qui ob segnitiam vel rusticitatem inertiam simplicitatem vel ineptiam remotus sit, in hac causa est, ut *integra existimatione* tutela vel cura abeat“.

[2]) Смотря по тому была ли tutela testamentaria или dativa.

[3]) L. 17. pr. Dig. de jure dotium. 23, 3.

[4]) См. *Binding* „Die Normen und ihre Uebertretung“. Leipzig 1872. Томъ I, стр. 355. *Fr. Mommsen*: „Beiträge zum Obligationenrecht“. Braunschweig 1855. Томъ III, стр. 371. Послѣдній того мнѣнія, что culpa in concreto возникаетъ только тогда, когда кто-либо *умышленно* обращается съ чужими дѣлами небрежнѣе, чѣмъ со своими собственными.

ніямъ практики. Въ этой чуткости къ запросамъ жизни, въ этомъ умѣніи оперировать, съ одной стороны, отсталыми и узкими опредѣленіями jus civile, а съ другой—нарождающимися принципами преторскихъ эдиктовъ заключается ихъ славное, неподражаемое творчество. Одною изъ своихъ главныхъ задачъ они считали примиреніе этихъ нерѣдко враждебныхъ элементовъ римскаго гражданскаго права. Но подобная эклектическая дѣятельность, преслѣдовавшая исключительно практическія цѣли, не могла выработать общихъ теорій; да если бы таковыя и появились, то и тогда въ силу означеннаго направленія она бы имъ не подчинилась. Такое подчиненіе уподоблялось бы, говоря словами одного знаменитаго дипломата, прогулкѣ по густому лѣсу съ шестомъ въ зубахъ. Всякая систематизація, всякая выработка общихъ теорій могла совершаться лишь на почвѣ закончившагося законодательства *Юстиніана*. Но несомнѣнно значительная часть новѣйшихъ обобщеній, выводимыхъ будто бы изъ него, совершенно чужда юристамъ классическаго періода. Къ разряду понятій, съ которыми мы встрѣчаемся въ источникахъ и которыхъ нельзя подвести подъ какую нибудь общую теорію, принадлежитъ и culpa. Поэтому болѣе правильный пріемъ долженъ бы состоять въ томъ, чтобы изслѣдовать разнообразное значеніе этого понятія въ отдѣльныхъ видахъ договоровъ, или же, пожалуй, въ извѣстныхъ однородныхъ ихъ группахъ. Конкретное представленіе римскихъ юристовъ о culpa становится вполнѣ очевиднымъ изъ того, что въ различныхъ контрактахъ она является для нихъ даже подъ разными названіями, смотря по тому, какое отношеніе къ дѣлу данный договоръ предписываетъ сторонамъ. Чаще всего встрѣчаются термины neglegentia или desidia, т. е. неосторожность или нерадивость. Между прочимъ, culpa in concreto обозначаетъ такого рода *нерадивость*, которая мѣшаетъ относиться къ чужому дѣлу съ той-же осторожностью и усердіемъ, какъ къ своему собственному. Въ иныхъ договорахъ, напр., въ мандатѣ и наймѣ часто требуются спеціальныя техническія познанія и опытность; поэтому здѣсь уже отсутствіе достаточной подготовки къ дѣлу (imperitia) имѣетъ значеніе culpa:

L. 9. §. 5. Dig. locati conducti. 19, 2. Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum: „Celsus etiam *imperitiam culpae adnumerandam* libro octavo digestorum scripsit: - - - *et quod imperitia*

peccavit (sc. наемникъ), *culpam esse*: quippe *ut artifex*, inquit, conduxit" [1]).

Въ извѣстныхъ случаяхъ даже физическая слабость (infirmitas) можетъ быть причислена въ категоріи culpa:

L. 8. §. 1. Dig. ad leg. Aquiliam. 9, 2. Gajus libro septimo ad edictum provinciale: „Nec videtur iniquum, si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat - - - infirmitatem suam alii periculosam futuram".

Т. е. кто беретъ на себя какой нибудь трудъ, для котораго необходима соразмѣрная сила, тотъ и долженъ обладать ею, а иначе онъ подлежитъ отвѣтственности. Эту-же мысль выражаетъ и русская пословица: „взявшись за гужъ—не говори, что не дюжъ" [2]).

§ 5. Убѣдившись въ томъ, что требованіе отъ товарищей въ ихъ взаимныхъ отношеніяхъ diligentia, quam suis rebus adhibere solent, основывалось на древне-сакральномъ характерѣ contractus societatis и на связанной съ его нарушеніемъ infamia, спросимъ: могутъ ли воззрѣнія римскихъ юристовъ на такую отвѣтственность служить руководящимъ принципомъ и для современныхъ законодателей? Отвѣчаемъ: ни подъ какимъ видомъ! Разъ доказано, что на источники при опредѣленіи culpa sociorum вліяло традиціонное понятіе объ ignominia, то, отрѣшившись отъ него, мы болѣе не связаны авторитетомъ классическаго правовѣдѣнія и смѣло можемъ установить для отвѣтственности товарищей болѣе подходящій, объективный масштабъ — осторожность добраго хозяина (diligentia boni patris familias). Если, поэтому, нѣкоторыя современныя законодательства, и между прочимъ германское торговое право, отъ участниковъ въ товариществѣ требуютъ только той осмотрительности, съ которою послѣдніе ведутъ собственныя дѣла [3]), то въ этомъ сказывается излишняя и едва ли умѣстная романизація. Подобный принципъ нисколько не оправдывается

---

[1]) L. 6. §. 7. Dig. de officio praesidis. 1, 18. L. 27. §. 29. Dig. ad leg. Aquiliam. 9, 2. L. 13. §. 5. Dig. locati conducti. 19, 2.

[2]) Объ imperitia cp. *Pernice*: Labeo. Томъ II, стр. 336 и слѣд.

[3]) Ср. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. Art. 94: „Jeder Gesellschafter ist verpflichtet in den Angelegenheiten der Gesellschaft den Fleiss und die Sorgfalt anzuwenden, welche er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt". (Каждый товарищъ долженъ прилагать къ дѣламъ товарищества то прилежаніе и ту заботливость, которыя онъ обыкновенно прилагаетъ къ своимъ собственнымъ дѣламъ). См. также: Сводъ мѣст-

современнымъ торгово-промышленнымъ бытомъ. Образъ дѣйствія лицъ, участвующихъ въ коммерческихъ предпріятіяхъ, по германскому торговому уставу, обыкновенно обсуждается съ точки зрѣнія аккуратнаго купца—eines ordentlichen Kaufmannes [1]); къ чему же такое отступленіе въ договорѣ товарищества, который, какъ сдѣлка коммерческая, играетъ столь важную роль?

Такое отступленіе отъ общепринятаго мѣрила заботливости аккуратнаго купца, въ случаѣ процесса, сопровождается большими неудобствами. Благодаря ему кругъ судебныхъ доказательствъ осложняется въ значительной степени. Въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ неизбѣжна длинная процедура для установленія того масштаба, который могъ бы быть примѣняемъ къ образу дѣйствій отвѣтчика. Вѣдь, при этомъ необходимо самымъ тщательнымъ образомъ изслѣдовать весь его домашній обиходъ [2]), чтобы только установить, насколько различно ведетъ онъ собственныя дѣла и дѣла товарищества [3]); между тѣмъ какъ понятіе предусмотрительности аккуратнаго купца, какъ абсолютное, опредѣлено разъ на всегда; и тяжущимся и суду заранѣе извѣстны всѣ его оттѣнки.

ныхъ узаконеній губерній прибалтійскихъ. Законы гражданскіе ст. 4278: „Товарищи отвѣтствуютъ другъ передъ другомъ не только за недобросовѣстность (dolus), но и за упущеніе. Отъ каждаго изъ нихъ не можетъ однако быть требуемо болѣе того рвенія, какое онъ прилагаетъ къ собственнымъ своимъ дѣламъ“. Того же взгляда держится: „Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten Theil I, tit 17, § 211, das sächsische bürgerliche Gesetzbuch. Art 1371, швейцарскій союзный законъ объ обязательствахъ ст. 538 и Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Art. 633.

[1]) Ср. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch. Art. 282: „Wer aus einem Geschäft, welches auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, einem Anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, muss die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes anwenden“.... (Кто на основаніи сдѣлки, которая, поскольку она касается его, имѣетъ характеръ торговой, отвѣчаетъ другому лицу за свою заботливость, тотъ долженъ приложить заботливость аккуратнаго купца). Сверхъ того еще другія статьи предписываютъ „die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes“, продавцу при поставкѣ товара (Art. 344), коммиссару (Art. 361, 367), экспедитору (Art. 380, 387). Ср. *Gareis* und *Fuchsberger*. „Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch“. Berlin 1891, стр. 611 и слѣд.—Впрочемъ, контрагентамъ разрѣшается обусловить заключеніе договора товарищества болѣе строгою отвѣтственностью: „Haftung für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaunfmannes“. Ср. *Gareis* und *Fuchsberger*: loc. cit. стр. 223. Въ этомъ, какъ намъ кажется, прямо сказывается сознаніе недостатка установленнаго закономъ порядка. Высшая абсолютная осторожность требуется отъ членовъ правленія акціонерныхъ обществъ—die Sorgfalt eines ordentlichen Gechäftsmannes, ср. Art. 204, 241.

[2]) Ср. *Fr. Mommsen:* „Beiträge zum Obligationenrecht“. Томъ III, стр. 375.

[3]) Обязанность доказать это возлагается на потерпѣвшихъ т. е. истцовъ. *Gareis* und *Fuchsberger*: loc. cit. стр. 223.

§ 6. Опредѣливъ особый характеръ culpa sociorum, мы не можемъ оставить безъ вниманія взглядъ римскихъ юристовъ на такъ наз. compensatio culpae cum compendio, тѣмъ болѣе, что обсужденіе этого взгляда тѣсно связано со всѣми нашими выводами объ отвѣтственности товарищей вообще.

Вопросъ въ томъ: можетъ ли socius, причинившій своею небрежностью убытки союзу, требовать, чтобы при взысканіи послѣднихъ были приняты во вниманіе и тѣ выгоды, которыя онъ приносилъ товарищамъ другими, болѣе удачными операціями?

Во всѣхъ сдѣлкахъ, основанныхъ на bona fides, римская практика держалась общаго принципа: „lucrum cum damno compensatur“. Это правило послѣдовательно соблюдается въ obligationes ex contractu и quasi ex contractu. Сторона, нарушившая договоръ въ одномъ отношеніи, можетъ путемъ exceptio doli избавиться отъ всякой отвѣтственности, если только въ другомъ отношеніи сдѣлала больше, чѣмъ была обязана по условію. Напримѣръ: при продажѣ двухъ поземельныхъ участковъ обнаружится, что одинъ изъ нихъ размѣрами меньше или стоимостью ниже, чѣмъ заявлено было продавцомъ; тѣмъ не менѣе послѣдній не отвѣчаетъ, если при этомъ другой участокъ окажется настолько-же обширнѣе или доходнѣе [1]).

Тотъ-же принципъ соблюдается и въ negotiorum gestio: лицо, занимавшееся чужими дѣлами безъ всякаго полномочія или порученія, должно возмѣстить весь ущербъ, причиненный его неосторожностью (omnis culpa) настоящему хозяину (dominus negotii); но вмѣстѣ съ тѣмъ negotiorum gestor пользуется правомъ вычесть изъ суммы убытковъ тѣ доходы, которые онъ доставилъ по другимъ статьямъ того-же дѣла:

L. 10. (11). Dig. de negotiis gestis. 3, 5. Pomponius libro vicensimo primo ad Quintum Mucium: „Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. - - - - quod si in quibusdam (sc. rebus) lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet“.

---

[1]) L. 42. in fin Dig. de actionibus empti venditi. 19, 1. Paulus libro secundo quaestionum: - - „Sed rectius est in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari et si quid deest emptori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri“.

Это правило въ contractus societatis не примѣняется. Юристы-классики высказываютъ мнѣніе, что culpae compensatio въ договорѣ товарищества допущена быть не можетъ:

L. 26. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigesimo primo ad edictum. „Et ideo si socius quaedam neglegenter in societate egisset, in plerisque autem societatem auxisset, non compensatur compendium cum neglegentia, ut Marcellus libro sexto digestorum scribsit".

Нѣсколько иными словами то-же самое повторяетъ *Павелъ*:

L. 25. Dig. eod. tit. Paulus libro sexto ad Sabinum: „Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet quod neglegentia ejus perisset, quod in plerisque aliis industria ejus societas aucta fuisset: et hoc ex appellatione imperator [1]) pronuntiavit".

Чѣмъ - же объясняется такое отступленіе отъ общаго, столь справедливаго принципа? Почему-же socius, причинившій своею небрежностью (neglegentia) убытки союзу, не можетъ требовать, чтобы при окончательномъ балансѣ были приняты въ соображеніе всѣ тѣ выгоды, которыя онъ приносилъ товариществу своимъ усердіемъ и знаніемъ дѣла?—Съ формальной точки зрѣнія такой зачетъ не долженъ встрѣчать никакихъ препятствій: договоръ товарищества принадлежитъ къ разряду contractus bonae fidei, actio pro socio разсматривается, какъ bonae fidei judicium, при ликвидаціи общаго предпріятія обращаютъ вниманіе на требованія самой широкой справедливости „quid quid ex fide bona dare facere oportet". Всѣ законныя претензіи, вытекающія изъ подобнаго договора, заслуживаютъ полнаго уваженія независимо отъ того, на какихъ основаніяхъ и когда онѣ возникли. Если же, не смотря на все это, compensatio compendii cum neglegentia" не допускалась, то только потому, что подобный зачетъ встрѣчныхъ требованій противорѣчилъ бы принципамъ bona fides. Въ neglegentia socii слышится еще старое воспоминаніе о первоначальной отвѣтственности товарищей лишь за dolus и fraus. Даже по взгляду *позднѣйшихъ* юристовъ, culpa in concreto здѣсь заключаетъ въ себѣ всѣ моменты недобросовѣстности; кто-же допустилъ ее, уже не можетъ защищаться при помощи exceptio doli, какъ средства для compensatio.

[1]) Императоръ Септимій Северъ.

Онъ долженъ вознаградить товарищей за причиненные его **недобросовѣстностью** убытки безусловно.

Такого рода отвѣтственность распространяется и на тѣ случаи, если ущербъ былъ причиненъ не товарищемъ лично, а небрежностью его раба, приставленнаго имъ къ предпріятіямъ союза. И въ выборѣ довѣреннаго лица по дѣламъ компаніи socius обязанъ соблюдать diligentia quam suis rebus adhibere solet. Поэтому всякая небрежность уполномоченнаго невольника ставится въ вину самому хозяину и разсматривается, какъ culpa послѣдняго, при чемъ и здѣсь не допускается compensatio compendii cum neglegentia“ [1]).

L. 23. §. 1. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum: - - - „Marcellus libro sexto digestorum scribit, si *servus* unius ex sociis societati a domino propositus *neglegenter versatus sit,* dominum societati qui praeposuerit praestaturum nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno: et ita divum Marcum pronuntiasse, nec posse dici socio: abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis“.

Кромѣ указанныхъ случаевъ, въ источникахъ упоминается еще объ одномъ запрещеніи compensatio compendii cum neglegentia, имѣющемъ, впрочемъ, спорный характеръ. Одинъ изъ товарищей заключаетъ лично отъ себя contractus societatis съ постороннимъ контрагентомъ и привлекаетъ послѣдняго къ участію въ общихъ дѣлахъ. Спора нѣтъ, весь вредъ, который такое третье лицо (socius socii) причинитъ своею небрежностью, долженъ пасть на отвѣтственность товарища, вступившаго съ нимъ въ соглашеніе, но *объ размѣрахъ* этой отвѣтственности юристы-классики различнаго мнѣнія. Не столь строгаго взгляда придерживается *Помпоній:* онъ готовъ предоставить товарищу право уступить союзу свои требованія къ его контрагенту и такимъ образомъ отдѣлаться отъ всякихъ дальнѣйшихъ претензій. Но *Помпоній* на этомъ не оста-

---

[1]) По тому-же принципу допускается противъ хозяина exceptio doli, если рабъ его обнаружилъ въ сдѣлкѣ съ третьимъ лицомъ какую либо недобросовѣстность или совершилъ обманъ. Ср. L. 4. §. 17. Dig. de doli mali et metus exceptione. 44,4. Ulpianus libro septuagensimo sexto ad edictum: „In hac exceptione et de dolo servi vel alterius personae juri nostro subjectae excipere possumus - - - - si autem non ex peculiari causa, tum de eo dumtaxat excipi oportet, *qui admissus sit in ipso negotio quod geritur*, non etiam si postea aliquis dolus intervenisset“.

навливается: могло-же случиться, что приглашеніе socius socii оказалось не исключительно убыточнымъ для товарищества, а принесло ему вмѣстѣ съ тѣмъ и извѣстныя выгоды. Спрашивается, должны ли послѣднія при ликвидаціи быть приняты во вниманіе, допускается-ли compensatio neglegentiae cum compendio. Даже на этотъ вопросъ нашъ юристъ даетъ положительный отвѣтъ:

L. 23. pr. §. 1. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum: „De illo Pomponius dubitat, utrum actionem eum mandare sociis sufficit, ut, si facere ille non possit, nihil ultra sociis praestet - - - - §. 1. Idem quaerit, an commodum, quod propter admissum socium accessit, compensari cum damno, quod *culpa praebuit*, debeat, *et ait compensandum*.

Иначе разсуждаетъ *Ульпіанъ*: онъ требуетъ, чтобы самъ товарищъ (qui admisit socium) непосредственно вознаградилъ весь союзъ за убытки, причиненные небрежностью третьяго лица, и совершенно отрицаетъ возможность compensatio neglegentia cum compendio:

Ibid. Ulpianus loc. cit. „Et puto omnimodo eum teneri ejus nomine, quem ipse solus admisit, quia difficile est negare culpa ipsius admissum“. Повторяя дальше мнѣніе *Помпонія* о culpae compensatio, *Ульпіанъ* возражаетъ: „Quod non est verum“...

Въ современной литературѣ было высказано мнѣніе, что socius, привлекающій кого-нибудь посторонняго къ дѣламъ общимъ, поступаетъ черезчуръ своевольно и потому долженъ подлежать строжайшей отвѣтственности за такой шагъ [1]). Однако-же, какъ намъ кажется, римскіе юристы объ этомъ судили иначе,—хладнокровнѣе, и если *Ульпіанъ* возражалъ *Помпонію*, то исключительно въ силу практическихъ соображеній: приглашеніе контрагента кѣмъ либо изъ участниковъ къ дѣламъ союза всегда допускалось и никогда не разсматривалось, какъ нарушеніе contractus societatis; тѣмъ не менѣе, нельзя отрицать, что socius socii съ остальными товарищами ни въ какую связь не вступалъ [2]). Между ними не было tractatus, con-

---

1) *Hasse*: „Die culpa des römischen Rechts“, стр. 248: „Weil schon darin an sich eine *Anmassung* liegt, dass er den Fremden zugelassen und er mithin auch die üblen Folgen tragen muss“.

2) L. 19. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum: „Qui admittitur

sensus, affectus societatis, необходимыхъ для всякаго договора товарищества. Компаніоны, не имѣя никакихъ отношеній съ этимъ третьимъ лицомъ, можетъ быть, даже не зная его лично, разумѣется, не были въ состояніи опредѣлить, какую осторожность онъ соблюдалъ въ своихъ собственныхъ дѣлахъ, и какого отношенія къ общему дѣлу можно было отъ него ожидать. Если, поэтому, такой посторонній контрагентъ оказался бы впослѣдствіи во всѣхъ отношеніяхъ небрежнымъ дѣльцомъ и плохимъ хозяиномъ, то, конечно, нельзя было возразить товарищамъ: пеняйте на себя, зачѣмъ вы съ нимъ связались—sibi imputabitis, quia talem eligistis". Вотъ почему имъ предоставлялось обращаться со своими претензіями только къ тому изъ своей среды, кто заключилъ съ новымъ лицомъ contractus societatis; онъ одинъ отвѣчалъ за всѣ послѣдствія, какъ за всякое дѣйствіе, совершенное имъ ради союза.

Если юристы-классики, не допуская compensatio neglegentiae cum compendio въ договорѣ товарищества, дѣлаютъ рѣзкое отступленіе отъ правила, соблюдаемаго во всѣхъ остальныхъ contractus bonae fidei, то это, какъ мы видѣли, объясняется особымъ взглядомъ римскаго правовѣдѣнія на отвѣтственность товарищей вообще. Спрашивается, какъ отнестись къ данному вопросу съ точки зрѣнія нынѣшнихъ законодательствъ? Въ современномъ правѣ всѣ договоры причисляются къ разряду contractus bonae fidei: при ихъ толкованіи соблюдаются принципы полнѣйшей свободы, вслѣдствіе чего и зачетъ встрѣчныхъ требованій допускается безъ ограниченій, поскольку отъ этого не страдаетъ процессуальная сторона дѣла. Отступленіе отъ общаго правила въ договорѣ товарищества могло бы допускаться лишь по уважительнымъ причинамъ. Но ихъ то у насъ теперь нѣтъ: дѣйствующіе кодексы не признаютъ умаленія гражданской чести въ случаѣ осужденія товарища и, поэтому, должны на отвѣтственность послѣдняго смотрѣть иначе, чѣмъ римляне. Въ нашихъ глазахъ „neglegentia socii" лишается того элемента недобросовѣстности, который ей присвоивали римскіе юристы, и съ такой точки зрѣнія требованіе,

---

socius, ei tantum socius est, qui admisit, et recte: cum enim societas consensu contrahatur socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui. Quid ergo si socius meus eum admisit? ei soli sociusest". L. 20 Dig. eod. tit. Idem libro trigesimo primo ad edictum: („nam socii mei socius meus socius non est").

возникшее изъ *небрежности* товарища, нисколько не отличается отъ *всякой другой* претензіи изъ нарушенія *любаго* договора [1]).

Наконецъ, отвѣтственность товарищей за такъ назыв. culpa in concreto, установленная римскими юристами, имѣетъ еще другое и притомъ весьма важное значеніе. Съ особенною убѣдительностью она доказываетъ, что societas omnium bonorum не могла служить прототипомъ и основною формою contractus societatis въ римскомъ гражданскомъ правѣ. Мало того, на развитіе ученія о culpa sociorum этотъ типъ товарищества не оказывалъ ни малѣйшаго вліянія, и всѣ правила, относящіяся сюда, складывались совершенно независимо отъ него. Да иначе и быть не могло. Ибо какъ же можно опредѣлить понятіе diligentia quam quis suis rebus adhibere solet, если только товарищъ, помимо дѣлъ союза, никакихъ собственныхъ дѣлъ не имѣетъ (какъ это свойственно именно societas omnium bonorum), по веденію которыхъ можно было бы судить о присущей ему „in suis rebus" предусмотрительности.

ГЛАВА ОДИННАДЦАТАЯ.

Искъ между товарищами.

Actio pro socio—соединяющее звено между societas omnium bonorum и societas unius negotii. Societas unius negotii—основаніе actio pro socio. Цѣль этого иска. Arbitrium pro socio. Actio pro socio—judicium generale. Benificium competentiae. Formula actionis pro socio.

§ 1. Весьма важное событіе въ исторіи договора товарищества представляетъ собою внесеніе actio pro socio въ преторскій эдиктъ. Этимъ, между прочимъ, опредѣляется, моментъ, когда два главныхъ типа нашего института—societas omnium bonorum и societas unius negotii получаютъ одно общее основаніе. Происходя изъ различныхъ началъ и удовлетворяя въ жизни разнороднымъ требованіямъ, они въ actio pro socio впервые находятъ соединяющее звено. Съ тѣхъ поръ, какъ

---

[1]) Такую неправильную романизацію мы встрѣчаемъ въ сводѣ мѣстныхъ узаконеній губерній прибалтійскихъ. См. законы гражданскіе ст. 4281, которая безусловно запрещаетъ compensatio culpae cum compendio: „Товарищъ, виновный въ небреженіи, отъ коего произошелъ вредъ, не можетъ прикрывать его выгодами, принесенными имъ товариществу, въ другихъ случаяхъ, особымъ своимъ рвеніемъ". Ср. также: das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für das Kaiserthum Oesterreich §. 1191.

преторская власть создала одинъ общій искъ для охраны интересовъ лицъ, участвующихъ въ товариществахъ любаго рода, societas omnium bonorum и unius negotii начинаютъ приближаться другъ къ другу. Но, не смотря на ихъ явное взаимное воздѣйствіе, они не сливаются окончательно даже въ законодательствѣ *Юстиніана*, и современные кодексы еще различаютъ оба эти вида довольно рѣзко.

Уже выше нами было высказано предположеніе, что societas omnium bonorum едва ли подавала поводъ ко внесенію actio pro socio въ преторскій эдиктъ, въ виду той роли, которую могло играть familiae erciscundae judicium въ товариществахъ первоначальнаго семейнаго типа [1]). Несомнѣнно, что contractus societatis unius negotii гораздо болѣе нуждался въ судебной защитѣ, и что именно этотъ договоръ требовалъ расширенія системы преторскихъ исковъ.

Цѣль actio pro socio съ самаго начала состояла въ прекращеніи contractus societatis и въ ликвидаціи всѣхъ дѣлъ союза; по свидѣтельству *Прокула*, въ этомъ заключалась главная причина внесенія нашего иска въ эдиктъ претора [2]). Такая ликвидація впослѣдствіи нерѣдко получала болѣе сложный характеръ, въ особенности съ тѣхъ поръ, какъ стали допускать личный трудъ въ качествѣ товарищескаго взноса. Тогда естественно начали требовать самаго точнаго опредѣленія стоимости подобнаго труда, чтобы подробно выяснять прибыли и убытки всего дѣла [3]). Разнообразныя и близкія имущественныя отношенія между товарищами всегда заключали въ себѣ много поводовъ ко всевозможнымъ столкновеніямъ. Даже при искреннемъ желаніи съ ихъ стороны избѣгать раздоровъ, легко могли возникать между ними недоразумѣнія, въ особенности, когда приходилось строго взвѣшивать услуги каждаго на пользу общаго предпріятія. Поэтому-то окончательный разсчетъ между ними никогда не допускалъ узкаго формализма, онъ долженъ былъ основываться на свободной оцѣнкѣ взаимныхъ интересовъ, и въ спорахъ между товарищами bona fides играла наиболѣе важную роль.

---

[1]) См. выше. стр 4 и слѣд. 32 и слѣд. 35.

[2]) Ср. L. 65. pr. Dig. pro socio. 17, 2. cit. на стр. 35.

[3]) Ср. выше стр. 156 и слѣд.

Понятно, при такихъ условіяхъ предъявленіе actio pro socio должно было влечь за собою всестороннее участіе третейскаго судьи, и въ самомъ дѣлѣ, слова arbiter или arbitrium pro socio имѣютъ въ источникахъ значеніе техническихъ терминовъ [1]).

Изъ современныхъ юристовъ *Келлеръ* высказалъ мнѣніе, что arbitrium pro socio на ряду съ arbitrium familiae erciscundae встрѣчалось уже во время исключительнаго господства legis actiones, т. е. еще до обнародованія lex Aebutia. Въ такомъ случаѣ, надо полагать, legis actio per arbitri postulationem должна была служить общепринятою процессуальною формою для нашего иска [2]). Однако-жъ эти предположенія *Келлера* ни на чемъ не основаны и мало правдоподобны. Вообще о legis actio per judicis seu arbitri postulationem источники намъ не даютъ почти никакихъ свѣдѣній [3]). Весьма вѣроятно, что это производство примѣнялось въ actiones familiae erciscundae и finium regundorum, но идти дальше въ нашихъ догадкахъ мы не можемъ. Напротивъ того, намъ кажется, что actio pro socio впервые появилась только тогда, когда свободныя начала процесса per formulas пріобрѣли уже твердую почву [4]). По крайней мѣрѣ, *Цицеронъ* неоднократно указываетъ на arbitrium pro socio, какъ на прототипъ неформальнаго иска, гдѣ вся суть заключалась въ широкомъ господствѣ принципа bona fides, въ безпристрастномъ, свободномъ обсужденіи взаимныхъ интересовъ.

> De officiis lib. III, cap. 17: „Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur: ex fide bona, fidei que bonae' nomen existimabat *manare latissime* idque versari in tutelis societatibus---".

Въ другомъ мѣстѣ тотъ-же авторъ говоритъ о способѣ предъявленія actio pro socio:

---

[1]) Cp. L. 38. pr. Dig. pro socio. 17, 2. cit. на стр. 192. Cicero: de officiis lib. III cap. 17. Idem: pro Q. Roscio comoedo oratio cap. 6, 9. cit.

[2]) „Der römische Civilprocess und die Actionen", стр. 85, примѣч. 234.

[3]) Весь относящійся сюда скудный матеріалъ приводитъ *Karlowa:* „Der römische, Civilprocess zur Zeit der Legisactionen", стр. 55. и *Keller*: loc. cit. стр. 81. и слѣд.

[4]) Нашъ взглядъ соотвѣтствуетъ вполнѣ предположенію нѣкоторыхъ современныхъ ученыхъ о времени внесенія actio pro socio въ эдиктъ претора. См. выше стр. 60.

Pro Q. Roscio comoedo oratio cap. 8: „Sunt jura, sunt formulae de omnibus rebus constitutae, ne quis aut in genere injuriae aut ratione actionis errare possit; expressae sunt enim ex unius cujusque damno - - - publicae a praetore formulae, ad quas privata lis adcommodatur. Quae cum ita sint, cur non *arbitrum pro socio* adegeris Q. Roscium quaero. Formulam non noras? notissima erat".

Arbitrium pro socio является тѣсно связаннымъ съ извѣстною процессуальною формулою, которая помѣщалась въ преторскомъ эдиктѣ [1]) для всеобщаго свѣдѣнія—publica formula. Вотъ тѣ первыя точныя извѣстія, которыя мы имѣемъ о нашемъ искѣ, и ничто намъ не даетъ права распространять legis actio per judicis seu arbitri postulationem на споры, возникавшіе изъ договора товарищества. Мы уже видѣли, какимъ путемъ практика, еще до введенія actio pro socio, давала компаніонамъ возможность отстаивать свои интересы на судѣ, и какую роль здѣсь играли stipulationes, опредѣлявшія весь имущественный интересъ contractus societatis [2]). Даже въ позднѣйшія времена товарищи нерѣдко заключали подобные добавочные договоры, желая избѣгнуть тяжелыхъ послѣдствій infamia, связанной съ actio pro socio [3]).

Изъ примѣненія arbitrium'а вытекаетъ и самое названіе нашего иска. Несомнѣнно, слова „pro socio" впервые употреблялись при выборѣ третейскаго судьи: arbitrum pro socio dare, adigere, sumere, гово-

---

[1]) Въ той-же рѣчи—cap. 5—*Цицеронъ* причисляетъ arbitrium pro socio къ arbitria honoraria т. е. къ arbitria, основанныя на jus honorarium—преторскомъ правѣ, въ противуположность къ judicia legitima.

[2]) См. выше стр. 69 и слѣд.

[3]) Иногда товарищи прибавляли къ contractus societatis условіе неустойки—stipulatio poenae, опредѣляя, такимъ образомъ, заранѣе весь тотъ имущественный интересъ, который они будутъ имѣть въ точномъ исполненіи договора: L. 41. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro vicensimo ad edictum: „Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum ejus interfuit", Ср. L. 42. Dig. eod. tit. Благодаря такой добавочной стипуляціи, потерпѣвшій товарищъ достигалъ двойной выгоды: вопервыхъ, онъ избавлялся отъ необходимости подробно обозначать объемъ своихъ убытковъ; достаточно было доказать неисправность противника въ любомъ пунктѣ. Вовторыхъ, не было риска относительно умаленія гражданской чести отвѣтчика, котораго истецъ, быть можетъ, вовсе не желалъ. Съ этой точки зрѣнія еще *Цицеронъ* называетъ требованіе изъ договора товарищества серьезнымъ и ненавистнымъ—gravius et odiosius —Ср. pro Q. Roscio comoedo oratio cap. 5.

рятъ источники [1]), и отсюда появился впослѣдствіи и самый терминъ actio pro socio [2]).

§ 2. При дальнѣйшей характеристикѣ нашего иска нельзя оставить безъ вниманія, что въ Дигестахъ онъ причисляется къ judicia generalia:

> L. 38. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro sexto ad Sabinum: „Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei judiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).

Прежде всего надо замѣтить, что римскіе юристы намъ нигдѣ не даютъ точнаго опредѣленія понятій—judicia specialia и generalia. Однако-же, судя по примѣрамъ, указаннымъ *Павломъ*, можно полагать, что послѣднія (judicia generalia) примѣнялись во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ шелъ вопросъ о цѣломъ кругѣ различныхъ предпріятій съ ихъ окончательными результатами. Въ присоединеніи actio pro socio къ judicia generalia *Ленель* находитъ неопровержимое доказательство того, что основною формою товарищества въ римскомъ правѣ послужила societas omnium bonorum [3]), будто бы единственно требующая при своемъ прекращеніи сложныхъ разсчетовъ. Но этотъ выводъ едва ли основателенъ. Въ вопросѣ о ликвидаціи societas omnium bonorum не представляла бо́льшихъ осложненій, чѣмъ, напр., societas unius negotiationis. Первенствующая роль, которая въ римской жизни выпала на долю послѣдней, не могла

[1]) Cicero: pro Q. Roscio comoedo oratio cap. 4, 9. „Pro" означаетъ по старѣйшей этимологіи „въ чью либо пользу, въ интересахъ кого нибудь". Подъ arbiter pro socio мы разумѣемъ третейскаго судью, назначеннаго въ интересахъ пострадавшаго товарища, по его просьбѣ. Точно такъ-же объясняется и терминъ actio pro socio—искъ, который допускается преторомъ для защиты товарища, потерпѣвшаго отъ dolus или fraus контрагента.

[2]) *Ленель.*—„Edictum perpetuum", стр. 237—считаетъ слова „pro socio" частью процессуальной формулы actio pro socio, въ которой однако, по нашему мнѣнію, трудно найти для нихъ подходящее мѣсто. Авторъ предлагаетъ такую схему: „Quod A^s A^s cum N^o N^o societatem omuium bonorum coiit, quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o (alterum alteri) *pro socio* dare facere praestare oportet ex fide bona, dumtaxat quod N^s N^s facere potest, ejus judex N^m N^m A^o A^o condemna, si non paret absolve". Какъ видно по этому проекту, слова „pro socio" тамъ, гдѣ они стоятъ, не имѣютъ никакого смысла. Во всякомъ случаѣ не слѣдуетъ относить ихъ къ intentio, какъ это дѣлаетъ *Ленель.* Если они вообще принадлежали къ формулѣ, то ихъ мѣсто могло быть единственно въ demonstratio, обозначавшей, какъ извѣстно, юридическое основаніе иска.

[3]) Loc. cit. стр. 237.

остаться безъ вліянія на развитіе самой actio pro socio, и весьма возможно, что подъ этимъ вліяніемъ выработалась формула нашего иска.

Наконецъ, какъ намъ кажется, для judicia generalia характерны не только сложность и широта различныхъ правоотношеній, которыя ихъ вызываютъ, но гораздо бóльшее значеніе здѣсь имѣютъ неопредѣленность и непредвидѣнность всего того, на чтó могли быть направлены иски такого рода. Это вполнѣ подтверждается примѣрами, приведенными въ нашей цитатѣ: въ actio mandati и depositi, какъ въ judicia specialia, рамки дѣйствій, обязательныхъ для сторонъ, строго опредѣлены [1]), и поэтому точно обозначаются въ процессуальной формулѣ. Другое дѣло съ товариществомъ: здѣсь контрагентъ долженъ предпринимать *все вообще*, чтó можетъ быть *полезнымъ* для союза, прилагая ту же заботливость, какую онъ соблюдаетъ въ собственныхъ предпріятіяхъ. Формула actio pro socio естественно не могла напередъ обозначить предѣлы отвѣтственности тяжущихся; она должна была придерживаться болѣе общихъ выраженій, а эта особенность встрѣчается не только въ товариществахъ со сложными отношеніями отдѣльныхъ участниковъ или обширными оборотами, но точно такъ-же и въ самыхъ узкихъ видахъ нашего института—въ societas unius rei и unius negotii.

§ 3. Процессъ между товарищами имѣетъ ту особенность, что истецъ, въ случаѣ выигрыша дѣла, не въ правѣ требовать полнаго удовлетворенія, если оно можетъ быть достигнуто не иначе, какъ окончательнымъ разореніемъ отвѣтчика. Другими словами, socii обязаны щадить другъ друга и даже уменьшать свои *законныя* претензіи, если вслѣдствіе ихъ покрытія сотоварищъ можетъ быть повергнутъ въ нищету и крайность.

Вопросъ о такъ наз. посильной отвѣтственности намъ еще разъ напоминаетъ объ извѣстномъ уже дуализмѣ въ развитіи римскаго товарищества, такъ какъ эта снисходительная мѣра съ contractus societatis не была связана, а на первыхъ порахъ распространялась только на societas omnium bonorum. Подобное уменьшеніе того, чтó слѣдовало бы присуждать на законномъ основаніи, явно противорѣчитъ здравому и прямому эгоизму строгаго jus civile; оно, поэтому,

---

[1]) L. 5. §. 1. Dig. mandati 17, 1. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Diligenter igitur *fines mandati custodiendi sunt*: nam qui excessit, aliud quid facere videtur“...

было допустимо лишь тамъ, гдѣ нравственный строй жизни и организація самого общества требовали соблюденія извѣстнаго альтруизма въ интересахъ этики, которой, въ концѣ концовъ, служитъ и само право [1]). Семья и родъ считаются основами государства, ихъ цѣльность хранится всячески, и законъ не долженъ допускать ихъ разстройства и распаденія. Въ такихъ именно союзахъ поощряется взаимная помощь, и всѣми средствами надо противодѣйствовать, чтобы одинъ членъ не разорялъ другого, или лишалъ его за долги личной свободы. Вотъ почему condemnatio dumtaxat in id quod facere possunt впервые допускалась только въ процессахъ между лицами, принадлежащими къ одной и той-же семьѣ. Это не привилегія, не beneficium, но простое ограниченіе послѣдовательнаго гражданскаго права съ цѣлью поддержать связи и начала родовой жизни. Вполнѣ естественно было распространить эту процессуальную особенность и на societas omnium bonorum, какъ на союзъ между дѣтьми-сонаслѣдниками общаго главы семейства:

L. 16. Dig. de re judicata 42, 1. Ulpianus libro sexagensimo tertio ad edictum: „Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno. Et quidem sunt hi fere. Qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est):

Только впослѣдствіи ученые юристы подымаютъ вопросъ, не примѣнить ли посильную отвѣтственность и ко всѣмъ вообще типамъ товарищества, тѣмъ болѣе, что ихъ уже объединяетъ одинъ общій искъ:

L. 63. pr. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. Hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat“ [2]).

---

[1]) Эта мысль проводится и *Ефимовымъ*: „Посильная отвѣтственность должника“ С.-Петербургъ 1888, стр, 172 и слѣд. Вполнѣ правильно, какъ намъ кажется, тотъ-же авторъ различаетъ „exceptio quod facere possit“, примѣнимую лишь въ процессахъ между родственниками, отъ такъ наз. beneficium competentiae—льготы, данной впослѣдствіи особыми законами извѣстнымъ привилегированнымъ должникамъ. Ibid. стр. 82 и слѣд. 179 и слѣд.

[2]) Кромѣ приведеннаго фрагмента, на посильную отвѣтственность socii omnium bo-

Уменьшеніе condemnatio допускалось первоначально только въ тяжбахъ одного товарища противъ другого; но по мѣрѣ того, какъ весь институтъ societas сталъ расширяться, по мѣрѣ того, какъ совершался уже начертанный нами процессъ обособленія общаго имущества (communes res), юристы начали сознавать, что убытки, происшедшіе отъ несостоятельности одного участника, касаются всего союза, принявшаго его въ свои члены, и слѣдовательно не должны падать исключительно на одного изъ компаніоновъ. Кто, предъявивъ actio pro socio, не могъ получить отъ противника полнаго удовлетворенія своихъ законныхъ претензій, былъ въ правѣ требовать, чтобы за недочетъ отвѣчали всѣ товарищи поровну:

> L. 63. §. 5. in fin. Dig. eod. tit. „sed magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequetur: quae sententia habet aequitatem".

§ 4. Остается намъ, наконецъ, опредѣлить схему процессуальной формулы actio pro socio, насколько это возможно по отрывочнымъ даннымъ, которыя мы встрѣчаемъ въ источникахъ. Такъ какъ нашъ искъ принадлежитъ къ разряду judicia (generalia) incerti, то его формула соединяетъ въ себѣ всѣ три главныя части: demonstratio, intentio и condemnatio. Прежде всего demonstratio указываетъ на юридическое основаніе самой претензіи, которое здѣсь заключается въ соглашеніи (consensus) между сторонами или, другими словами, въ coitio societatis. Такимъ образомъ, эта первая часть должна была состо-

---

norum указываетъ еще L. 16. Dig. de re judicata 44, 1. Согласованіе этого мѣста съ L. 63. pr. Dig. pro socio причиняло современнымъ юристамъ нѣкоторыя затрудненія. Вѣдь, оба фрагмента принадлежатъ *Ульпіану*, а между тѣмъ въ L. 16. cit. о societas unius rei не говорится, и о condemnatio in quantum facere potest здѣсь упоминается лишь въ связи съ societas omnium bonorum. Ср. *Reuter:* „Ueber das beneficium competentiae des socius unius rei" въ Giessener Zeitschrift für Zivilrecht und Process. Томъ XXI, стр. 1 и слѣд. Этотъ вопросъ рѣшилъ, какъ намъ кажется, въ общемъ правильно *Gans*: „Kann auch der socius unius rei nur in id, quod facere potest verurtheilt werden"? въ Archiv für die civilist. Praxis. Томъ II, стр. 242 и слѣд. По его мнѣнію въ L. 16 cit. *Ульпіанъ* разбираетъ только содержаніе преторскаго эдикта, а въ L. 63. pr. Dig. pro socio онъ приводитъ толкованіе *Сабина*. Тотъ-же взглядъ раздѣляетъ и *Ефимовъ*: loc. cit. стр. 170. Мы вообще склонны думать, что всѣ случаи, въ которыхъ допускалась condemnatio dumtaxat in id quod facere potest, приводились въ эдиктѣ de re judicata, и весьма невѣроятно, чтобы преторы объ этомъ еще разъ упоминали въ эдиктѣ pro socio. Разумѣется, если оба фрагмента (L. 16 и L. 63. pr. cit.) встрѣчаются въ Дигестахъ, то въ этомъ высказывается недосмотръ кодификаціонной комиссіи *Юстиніана*.

ять въ эдиктѣ изъ слѣдующихъ словъ: „Quod Numerius Negidius cum Aulo Agerio societatem coiit“ [1]). Приведенная общая схема принаравливается къ обстоятельствамъ любаго практическаго случая. Смотря потому, возникъ ли искъ изъ societas unius negotii, unius rei или unius negotiationis, прибавлялись характеризующія каждое изъ этихъ правоотношеній подробныя указанія, напр.: quod N. N. cum A°. A₀. societatem quadrigae vendendae coiit [2]) или quod N. N. cum A°. A°. societatem habendae quadrigae coiit [3]). Quod N. N. cum A°. A°. societatem mancipiorum emendorum vendendorumque coiit [4]) или quod N. N. cum A°. A₀. societatem omnium bonorum coiit.

Слова intentio нашего иска сообщаетъ *Цицеронъ*: „quantum ob eam rem aequius et melius sit N^m^ N^m^ A° A° dare (facere praestare) [5]). Они, какъ мы видимъ, нѣсколько отступаютъ отъ редакціи *Ленеля*.

Въ составъ condemnatio, наконецъ, входитъ ограниченіе, вызванное посильной отвѣтственностью, и здѣсь мы можемъ только присоединиться къ прежнимъ проектамъ *Рудорфа* и *Ленеля*: dumtaxat quod N^s^ N^s^ facere potest arbiter N^m^ N^m^ A° A° condemna, si non paret absolve“ [6]). Формула въ случаѣ процесса, напр., между двумя товарищами-банкирами, [7]) поэтому, была слѣдующая: „Quod Cassius Frontinus cum Julio Alexandro societatem danistariae coiit, quantum ob eam rem aequius et melius sit Julium Alexandrum Cassio Frontino dare (facere praestare), dumtaxat quod Julius Alexander facere potest, arbiter Julium Alexandrum Cassio Frontino condemna s. n. p. a.“.

---

[1]) Въ формулѣ стояло несомнѣнно слово „coiit“; указанія у *Ленеля*: loc. cit. стр. 237. примѣч. 2. Сверхъ того ср. Gai Institutiones III, §. 148. Pr. § 5. Inst. de societate. 3, 25. Cicero: pro Q. Roscio comoedo oratio cap. 18. и др.

[2]) Мы никакъ не можемъ допустить, чтобы формула, помѣщенная въ эдиктѣ, была составлена прямо съ указаніемъ на societas omnium bonorum, какъ утверждаетъ *Ленель*. Въ такомъ случаѣ для иска изъ договора товарищества иного типа требовались бы formulae ficticiae.

[3]) L. 58. pr. Dig. pro socio. 17, 2.

[4]) Pr. Inst. de societate. 3, 25.

[5]) Pro Q. Roscio comoedo oratio cap. 4.

[6]) *Lenel:* loc. cit. стр. 237.

[7]) Ср. *Bruns:* „Fontes juris Romani antiqui“, pag. 268.

ОТДѢЛЪ ЧЕТВЕРТЫЙ.

ПРЕКРАЩЕНІЕ ТОВАРИЩЕСТВА.

ГЛАВА ДВѢНАДЦАТАЯ.

Выходъ отдѣльныхъ товарищей.

Полная свобода товарищей выходить изъ союза въ какое угодно время. Принципъ этотъ въ societas omnium bonorum и въ остальныхъ видахъ товарищества. Ограниченіе этого принципа *Лабеономъ*. Реформа сабиніанцевъ: socium a se non se a socio liberat. Смягченіе этого правила позднѣйшими юристами.

§ 1. Перечисляя всѣ обстоятельства, по которымъ прекращается товарищество, юристы-классики указываютъ на слѣдующія: отказъ каждаго отдѣльнаго участника (renuntiatio), уничтоженіе объекта товарищества, банкротство или смерть одного изъ участниковъ и предъявленіе actio pro socio [1]).

Изъ всѣхъ этихъ причинъ особаго вниманія заслуживаетъ renuntiatio, такъ какъ во взглядахъ римскихъ юристовъ на нее мы замѣчаемъ явные слѣды историческаго развитія contractus societatis [2]).

---

[1]) L. 63. §. 10. Dig. pro socio. 17, 2: Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ideoque sive homines sive res sive voluntas, sive actio interierit, distrahi videtur societas.

[2]) Gai Institutiones III, §. 151: „Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant. At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur“. Ср. §. 4. Inst. de societate. 3, 25. L. 63. §. 10. Dig. pro socio. 17, 2. cit.: „Societas solvitur - - ex voluntate - -. Voluntate distrahitur societas renuntiatione“.

Каждый товарищъ воленъ въ любое время по своему усмотрѣнію оставить союзъ. Таково было первоначальное положеніе источниковъ. Но это правило съ теченіемъ времени подвергалось нѣкоторымъ измѣненіямъ въ зависимости отъ характера отдѣльныхъ, извѣстныхъ уже намъ типовъ римской societas. Спрашивается, въ какомъ изъ основныхъ видовъ товарищества допускалась впервые renuntiatio? Встрѣчалась ли она раньше въ societas omnium bonorum или въ societas unius negotii?

Нѣкоторые ученые придерживаются того мнѣнія, что consortium сонаслѣдниковъ умершаго главы семейства не допускало никакого раздѣла, и что общность родоваго имущества считалась обязательною [1]). *Karlowa* приходитъ къ тому выводу, что еще законъ XII таблицъ противился всякому раздробленію недвижимости, перешедшей отъ предковъ—fundus paternus avitusque, такъ наз. heredium [2]). Изъ этого положенія слѣдовало бы, что возникшая изъ семейныхъ началъ societas omnium bonorum, по крайней мѣрѣ въ первое время, также связывала отдѣльныхъ участниковъ неразрывно. Хотя такое мнѣніе Карловы и другихъ нельзя считать окончательно доказаннымъ, но всетаки оно довольно правдоподобно и, во всякомъ случаѣ, кажется, весьма подкупающимъ. Въ самомъ дѣлѣ, вполнѣ вѣроятно, что введенію actio familiae erciscundae предшествовалъ періодъ, когда раздѣлы родоваго, по крайней мѣрѣ недвижимаго, имущества вовсе не допускались. Societates omnium bonorum, обнимая всѣ имуществен-

---

[1]) *Cujacii* observ. V, 10. *Karlowa:* „Der römische Civilprocess zur Zeit der Legisactionen", стр. 143.

[2]) Теорія *Карловы* основана, главнымъ образомъ, на словахъ *Геллія*: Noctium atticarum lib. I, cap. IX, 12: „Sed id quoque non praetereundum est, quod omnes, simul atque a Pythagora in cohortem illam disciplinarum recepti erant, quod quisque familiae, pecuniae habebat in medium dabat et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit *anticum consortium, quod jure atque verbo Romano appellabatur „ercto non cito*" Говоря объ общности всего имущества среди Пиѳагорейцевъ, Геллій находитъ большое сходство между ихъ экономическою программою и тѣмъ нераздѣльнымъ consortium сонаслѣдниковъ, которое якобы встрѣчалось въ древне-римской жизни. Другое-же мѣсто, часто приводимое въ пользу ученія о нераздѣльности наслѣдственнаго имущества, взятое изъ писемъ *Плинія*, какъ намъ кажется, взгляда *Карловы* не подтверждаетъ. Ср. Plinii epistolarum lib. VII, epist. 11. Рѣчь здѣсь идетъ о наслѣдствѣ, которое Плиній получилъ сообща съ другими, причемъ онъ поторопился продать свою долю поскорѣе. Онъ въ письмѣ къ Фабату нѣсколько объясняетъ этотъ шагъ, но даже нѣтъ намека на то, будто этимъ нарушился законъ, или будто бы самъ Плиній сомнѣвался въ правильности своихъ дѣйствій.

ные интересы участниковъ, естественно должны были устраиваться на всю жизнь или вообще на болѣе продолжительные сроки. Какъ бы то ни было, этотъ видъ товарищества, по своему особому характеру, едва-ли могъ способствовать развитію понятія renuntiatio, по которому societas должна прекращаться въ *любой* моментъ, по заявленію *любого* изъ участниковъ. Совсѣмъ иную картину представляетъ собою societas unius negotii. Имѣя въ виду ограниченныя, преходящія цѣли, она естественно не могла создавать продолжительной связи между отдѣльными товарищами: послѣднихъ временно соединялъ строго дѣловой интересъ только въ отношеніи извѣстной сдѣлки (negotium), во всемъ-же остальномъ они сохраняли за собою полную независимость. Хотя, поэтому, societas unius negotii на имущественную сферу компаніоновъ оказываетъ только ограниченное вліяніе, тѣмъ не менѣе и здѣсь, пока договоръ дѣйствуетъ, каждый товарищъ посвящаетъ часть своей хозяйственной силы дѣлу общему; онъ приноситъ въ жертву товариществу извѣстную долю своихъ матеріальныхъ средствъ, разсчитывая на ожидаемый барышъ. Въ societas unius negotii, какъ во всякомъ contractus societatis вообще, участники радѣютъ не исключительно о личныхъ выгодахъ, но трудятся, хотя бы временно, и въ чужую пользу. Забывая для интересовъ общихъ о своихъ собственныхъ, socius долженъ разсчитывать на такое-же вниманіе и остальныхъ товарищей къ дѣламъ союза. Вотъ почему contractus societatis больше, чѣмъ любой иной договоръ, вмѣняетъ сторонамъ въ обязанность строгое соблюденіе bona fides. Однако-жъ именно при подобныхъ отношеніяхъ легко возможна эксплоатація одного контрагента другимъ. Предпріятіе компаніи можетъ впослѣдствіи оказаться прибыльнымъ далеко не для всѣхъ ея членовъ. Какъ быть, если со временемъ обнаружится, что руками товарищей загребаетъ жаръ одинъ только изъ нихъ, въ явный ущербъ прочимъ? Такой исходъ противорѣчитъ самому смыслу contractus societatis; противъ него направлено запрещеніе такъ наз. societas leonina, ему стараются противодѣйствовать юристы-классики, отстаивая право товарища отказаться отъ общаго дѣла, коль скоро онъ прійдетъ къ тому убѣжденію, что оно ему выгоды не приноситъ. Подобный предохранительный клапанъ нуженъ въ особенности для societas unius negotii, гдѣ отдѣльные участники не связаны между собою узами родства или брака, какъ это обыкно-

венно бывало въ societas omnium bonorum [1]). О легкости, съ которою любой контрагентъ могъ отказаться отъ societas unius negotii, свидѣтельствуютъ слѣдующія слова Павла:

L. 65. §. 4. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere ideoque renuntiaveris societati, ut solus emeres, teneberis quanti interest mea: *sed si ideo renuntiaveris, quia emptio tibi displicebat*, non teneberis, quamvis ego emero, quia hic nulla fraus est: eaque et Juliano placent“ [2]).

Выходъ товарища, говорятъ юристы-классики, можетъ послѣдовать во всякое время, если только подъ этимъ не скрывается какой-нибудь корыстный умыселъ. Для такого шага даже не требуется никакихъ уважительныхъ причинъ; вполнѣ достаточно, если socius unius negotii находитъ общее предпріятіе для себя невыгоднымъ или просто нежелательнымъ.

Подобный взглядъ на renuntiatio имѣлъ безспорно свои хорошія стороны, пока характеръ товарищества былъ несложенъ, пока преобладалъ типъ societas unius negotii, направленный на одну точно опредѣленную сдѣлку; но по мѣрѣ того, какъ расширялось экономическое значеніе всего института, по мѣрѣ того, какъ societas стала охватывать все болѣе и болѣе широкіе круги имущественныхъ интересовъ, должна была обнаружиться вся опасность стараго ученія о произвольномъ выходѣ товарищей изъ союза. Неудобства такой неограниченной свободы контрагентовъ особенно проявлялись тамъ, гдѣ дѣла и разсчеты товарищества были многообразны и сложны, или гдѣ число участниковъ имѣло значительные размѣры. Уже *Лабеонъ* и *Прокулъ* находятъ, что несвоевременный отказъ одного члена торговой компаніи отъ дальнѣйшаго участія въ ней можетъ причинить крупные убытки всему предпріятію, и что всякій такой шагъ влечетъ за собою отвѣтственность: другіе компаніоны въ правѣ черезъ

---

[1]) Ср. выше стр. 29, 30.

[2]) Ср. L. 64. Dig. pro socio. 17, 2. Callistratus libro primo quaestionum: „Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio jus societatis dissolvitur“. Не отдавая другъ другу отчета, товарищи молча бросаютъ предпріятіе союза и хлопочутъ каждый только о своихъ дѣлахъ. Достаточно этого, чтобы contractus societatis разстроился.

actio pro socio взыскивать за всѣ убытки, вызванные подобнымъ пренебреженіемъ ихъ интересовъ [1]).

Еще болѣе прочности придаютъ contractus societatis учители сабиніанской школы. Если одинъ изъ нѣсколькихъ товарищей, говоритъ *Кассій*, произвольно оставляетъ союзъ, то онъ тѣмъ не менѣе считается и послѣ этого еще связаннымъ прежнимъ договоромъ, причемъ самъ никакихъ требованій къ своимъ сотоварищамъ предъявлять не можетъ:

L. 65. §. 3. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si *omnes* dissentiunt. Quid ergo, si *unus* renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare".

Societas, имѣющая болѣе двухъ членовъ, не должна прекращаться вслѣдствіе произвольнаго и несвоевременнаго выхода одного изъ нихъ, если продолженіе ея возможно и безъ этого участника [2]). Такова, какъ намъ кажется, основная мысль *Кассія*. Но этимъ онъ не ограничивается. По его мнѣнію socius, отказавшійся отъ общаго предпріятія, подвергается отвѣтственности, которая опредѣляется не размѣрами убытковъ, имъ дѣйствительно причиненныхъ, но одной общей формулою: „socium a se, non se a socio liberat". Это нѣсколько лаконическое положеніе впослѣдствіи разъясняетъ *Гай* практическимъ примѣромъ:

---

[1]) Рѣчь здѣсь идетъ о торговлѣ рабами: L. 65. §. 5. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: *Labeo* autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione: nam si emimus mancipia inita societate, deinde renuntiës mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio judicio. *Proculus* hoc ita verum esse ait"...

[2]) Эту мысль мы встрѣчаемъ уже у *Цицерона*: pro Q. Roscio comoedo oratio cap. 18. Сравнивая товарищескую связь съ отношеніями между сонаслѣдниками, онъ говоритъ: „Quem ad modum uterque (sc. socius et coheres) pro sua parte petit, *sic pro sua parte dissolvit*: heres ex sua parte qua hereditatem adiit, socius ex ea qua societatem coiit". Другими словами: каждый отдѣльный товарищъ, выходя изъ союза, прекращаетъ - dissolvit — его лишь „pro sua parte", вынимая свою долю изъ общей массы; тѣмъ не менѣе, societas продолжаетъ существовать, точно такъ-же, какъ и связь между сонаслѣдниками не разрывается, если даже одинъ изъ нихъ, предъявивъ actio familiae erciscundae, получилъ свою наслѣдственную часть сполна и, такимъ образомъ, вышелъ изъ ихъ среды.

Institutiones III, §. 151: „Sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquid lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri fecerit quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Mihi vero quid-quid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur".

Мы отсюда узнаемъ, что формула *Кассія* была направлена противъ renuntiatio особаго рода: товарищъ, выходящій изъ союза съ цѣлью получить только для себя всѣ выгоды изъ какого либо общаго предпріятія, долженъ подѣлиться ими съ прежними компаніонами, но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ *одинъ* несетъ всѣ возможные при этомъ убытки. Actio pro socio, въ такомъ случаѣ, получаетъ *штрафной характеръ* и составляетъ нѣчто среднее между actiones rei persecutoriae и poenales. Она становится actio mixta, какъ, напр., actio ex lege Aquilia, которая также, опредѣляя размѣры вознагражденія потерпѣвшему, допускаетъ особо высокую оцѣнку, нерѣдко значительно превышающую дѣйствительный ущербъ [1]).

Во всемъ этомъ мы усматриваемъ новое доказательство выдающейся чуткости сабиніанской школы къ требованіямъ жизни. Указанное штрафное значеніе иска, не разрушая стараго принципа о свободѣ renuntiatio, вмѣстѣ съ тѣмъ заставляетъ товарища считаться, до извѣстной степени, и съ интересами союза. Сверхъ того истцы избавляются отъ изслѣдованія баланса того предпріятія, которое отвѣтчикъ желалъ эксплоатировать исключительно для себя одного. Они въ правѣ требовать прямо выдачи всего добытаго безо всякаго вниманія къ издержкамъ, понесеннымъ удалившимся контрагентомъ.

Такая строгая отвѣтственность за произвольную renuntiatio нѣсколько смягчается позднѣйшими юристами. Одобряя въ общемъ правило сабиніанцевъ, они всетаки безусловное его примѣненіе находятъ стѣснительнымъ для свободы сторонъ и, поэтому, считаютъ виновнымъ лишь такого участника, который вышелъ изъ товарищества со *злымъ умысломъ* (dolo), чтобы только для себя извлекать выгоды изъ

[1]) Ср. L. 2. pr. Dig. ad legem Aquiliam. 9, 2. „Quanti id in eo anno plurimi fuit"... *Keller*: „Der römische Civilprocess und die Actionen", стр. 474, 475.

какого нибудь дѣла въ ущербъ остальнымъ компаніонамъ. Къ формулѣ *Кассія Павелъ* прибавляетъ слѣдующее:

L. 65. §. 3. Dig. pro socio. 17, 2. cit.: „Quod utique observandum est, *si dolo malo renuntiatio facta sit*".

Въ томъ-же смыслѣ высказывается и *Юстиніанъ*: повторяя въ своихъ Институціяхъ приведенную выше фразу *Гая* съ буквальною точностью, онъ допускаетъ одно лишь отступленіе, въ видѣ вставки слова „*callide*" [1]).

Дополнительное толкованіе *Павла* заключаетъ въ себѣ существенное облегченіе. Въ самомъ дѣлѣ, высказанное сабиніанцами правило могло служить основаніемъ весьма нежелательныхъ недоразумѣній. Допустимъ, напр., A, B и C заключили contractus societatis для торговли крымскими винами. Черезъ нѣкоторое время C, присмотрѣвшись къ дѣлу и находя пріемы товарищества не цѣлесообразными, выходитъ изъ союза и продолжаетъ одинъ то-же самое предпріятіе съ несравненно бóльшимъ успѣхомъ. Спрашивается, могутъ ли A и B требовать отъ него выдачи полученныхъ имъ барышей. Согласно съ ученіемъ сабиніанской школы, трудно было бы имъ отказать въ этомъ: renuntiatio послѣдовала со стороны C въ данномъ случаѣ несомнѣнно съ цѣлью эксплоатировать товарищеское предпріятіе въ свою собственную пользу—ut obveniens aliquid lucrum sibi habeat. Но позднѣйшіе юристы подобнаго стѣсненія свободной иниціативы не допускаютъ: о какой бы то ни было отвѣтственности здѣсь не можетъ быть и рѣчи, такъ какъ выходъ C изъ товарищества послѣдовалъ безъ всякаго злаго умысла (nec dolo, nec callide), но по той простой причинѣ, что онъ считалъ операціи societas не достаточно выгодными для себя—quia negotium ei displicebat [2]),

---

[1]) §. 4. Inst. de societate. 3, 25.. „si quis *callide* in hoc renuntiaverit"...

[2]) L. 65. §. 4. Dig. pro socio. 17, 2.

ГЛАВА ТРИНАДЦАТАЯ.

Смерть отдѣльныхъ товарищей.

Вліяніе actio pro socio на прекращеніе товарищества. Существенное значеніе личности контрагента въ contractus societatis. Прекращеніе товарищества вслѣдствіе смерти одного участника. Неудобства правила „morte socii societas solvitur". Исключеніе отъ этого принципа въ societas unius rei и societas vectigalis. Отношенія между товарищами и heredes socii. Положенія современныхъ законодательствъ.

§ 1. Кромѣ renuntiatio, источники, какъ причину прекращенія contractus societatis, приводятъ еще предъявленіе иска—actio pro socio. Благодаря litis contestatio и открытію спора, вмѣсто прежняго обязательства, направленнаго на „dare oportere", возникало новое, съ другимъ содержаніемъ: „condemnari oportere". Объ этомъ исключительно процессуальномъ правилѣ, поскольку оно вліяло на развитіе нашего института, мы говорили уже выше [1]).

По древнему принципу, обращеніе одного изъ товарищей къ суду влекло за собою безусловный разрывъ договора. Моментъ, когда предъявляется искъ, можно, поэтому, сравнить съ renuntiatio контрагента. Однако-жъ у позднѣйшихъ юристовъ замѣчается явная тенденція придать товарищескому союзу болѣе стойкости и постоянства; они допускаютъ actio pro socio и безъ разрушенія самой societas, желая сдѣлать судьбу компаніи независимою отъ процессовъ между отдѣльными участниками. Товарищи, такимъ образомъ, пользуются возможностью, въ случаѣ спора по частнымъ вопросамъ, прибѣгать даже къ помощи суда, не прекращая выгоднаго для всѣхъ сторонъ предпріятія:

> L. 65. §. 15. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit" [2]).

Объ Уничтоженіи предмета договора или объ окончаніи того срока, на который онъ былъ заключенъ, можно здѣсь не говорить уже

---

[1]) См. стр. 47 и слѣд.

[2]) Весьма характерно, что *Павелъ* указываетъ на societas vectigalium, какъ на примѣръ, наиболѣе оправдывающій его новое положеніе: „*veluti* cum societas vectigalium coita est"... Этотъ видъ товарищества римскимъ юристамъ всегда представлялся прототипомъ прочно организованнаго союза.

потому, что они, какъ причина прекращенія товарищества, не создаютъ никакихъ особыхъ принциповъ, примѣняемыхъ спеціально къ societas.

Иную, болѣе важную роль играетъ въ этомъ случаѣ смерть одного изъ товарищей. Уже раньше мы указали на то существенное значеніе, какое въ contractus societatis римляне приписывали личности самого участника, въ особенности въ тѣ времена, когда ignominia являлась единственнымъ послѣдствіемъ нарушенія contractus fidei. При дальнѣйшемъ развитіи societas сочеталась съ гражданскимъ искомъ, который, по своимъ послѣдствіямъ, не ограничивался однимъ только умаленіемъ чести, но принималъ во вниманіе и имущественные интересы тяжущихся. Тѣмъ не менѣе, основное правило о прекращеніи товарищества смертью одного изъ участниковъ, сохраняло свою силу и въ позднѣйшіе періоды римскаго права [1]). Со временемъ, однако-жъ, этотъ принципъ, потерявшій свое главное практическое основаніе, во многихъ случаяхъ оказывался весьма стѣснительнымъ, и мы неоднократно встрѣчаемъ попытки смягчить, по мѣрѣ возможности, послѣдствія подобнаго анахронизма. *Лабеонъ* первый допускаетъ отступленіе отъ стараго правила, считая его непримѣнимымъ въ societas unius rei:

> L. 65. §. 2. Dig. pro socio. 17, 2. Paulus libro trigensimo secundo ad edictum: „Si in rem certam emendam conducendamve coita sit societas, tunc etiam *post alicujus mortem* quidquid lucri detrimentive factum sit, commune esse Labeo ait“.

Въ тѣхъ случаяхъ, когда цѣль contractus *societatis состояла* въ пріобрѣтеніи какой-нибудь опредѣленной вещи, напр., дома, смерть одного изъ участниковъ неминуемо должна была создавать общую собственность между его наслѣдниками и остальными товарищами, т. е. такое правоотношеніе, которое *фактически* нисколько не отличалось отъ прежняго contractus societatis ихъ наслѣдодателя. То же самое мы наблюдаемъ, если товарищество наняло для себя домъ, магазинъ и т. п. Здѣсь контрагентами лица, отдающаго вещь въ наемъ, считаются отдѣльные socii, а въ случаѣ смерти кого нибудь изъ нихъ, на его мѣсто являются наслѣдники, вступающіе, такимъ образомъ,

---

[1]) См. выше стр. 58 и слѣд.

ipso jure въ компанію товарищей-нанимателей. Подобные безспорные факты, конечно, не могли быть устранены предписаніемъ древняго закона, по которому смерть одного изъ членовъ прекращаетъ всю societas, и самъ *Лабеонъ* долженъ былъ считаться съ очевидностью такихъ явленій, хотя въ иныхъ мѣстахъ онъ и высказывался за старый принципъ: „morte unius socii dissolvitur societas“ [1]). Не вводя коренныхъ перемѣнъ въ этомъ правилѣ, онъ допускаетъ отступленіе отъ него только ради интересовъ, требующихъ защиты съ практической точки зрѣнія.

Какъ въ societas unius rei, такъ и въ societates vectigalium смерть кого-либо изъ участниковъ оставалась безъ всякаго вліянія на дальнѣйшую судьбу союза. Послѣдній не только продолжалъ существовать, но по рѣшенію общаго собранія наслѣдники умершаго публикана даже могли быть приняты въ товарищество [2]). Впрочемъ, эти компаніи образовались для цѣлей государственныхъ, стоявшихъ выше интересовъ отдѣльныхъ откупщиковъ; онѣ, поэтому, требовали болѣе прочной основы, независимой отъ судьбы частныхъ лицъ, къ нимъ принадлежавшихъ.

Не смотря на нѣкоторыя отступленія, въ общемъ старое правило имѣло силу даже при *Юстиніанѣ*. Онъ его повторяетъ въ своихъ Институціяхъ, указывая при этомъ на мотивы, живо намъ напоминающіе причины, по которымъ возникъ и самый принципъ:

> §. 5. Inst. de societate. 3, 25: „Solvitur ad hucsocietas etiammorte socii, quia qui societatem contrahit *certam personam sibi eligit*“.

Если послѣднимъ словамъ цитаты не придавать особаго значенія, находящагося въ тѣсной связи съ историческимъ характеромъ contractus societatis, то они, очевидно, не имѣютъ никакого смысла, ибо личность контрагента играетъ извѣстную роль во *всѣхъ* договорныхъ

---

[1]) L. 60. pr. Dig. pro socio. 17, 2:... „quia morte socii dirimatur societas“. Cp. L. 65. §. 9. Dig. eod. tit: „Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit“...

[2]) L. 59. pr. Dig. eod. tit. Pomponius libro duodecimo ad Sabinum: „Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait: in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicujus, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit.“... Cp. L. 63. §. 8. Dig. eod. tit.: Ulpianus libro trigensimo primo ad edictum: „Et circa societates vectigalium - - - - idem observamus, ut heres socius non sit nisi fuerit adscitus“.

отношеніяхъ, даже въ тѣхъ, которыя не прекращаются вслѣдствіе смерти одной изъ сторонъ. Но въ contractus societatis искони обращалось серьезное вниманіе на личныя свойства товарища; на первомъ планѣ всегда стоялъ вопросъ, поскольку socius признаетъ надъ собою власть fides, и насколько ignominia могла казаться для него грозною карою. Со всѣми этими соображеніями необходимо было считаться въ особенности до внесенія actio pro socio въ эдиктъ претора.

При господствѣ правила (хотя и ограниченномъ) „morte socii societas solvitur", юристовъ-классиковъ вполнѣ естественно занимали правоотношенія, которыя должны были возникать между наслѣдниками умершаго товарища и всѣмъ союзомъ. По мнѣнію *Сабина*, heres socii товарищемъ самъ не считается, но, принявъ на себя имущественныя права и обязанности наслѣдодателя, онъ долженъ—secundum bonam fidem—нести отвѣтственность за всѣ результаты contractus societatis, составляющіе какъ бы часть полученнаго наслѣдства:

> L. 35. Dig. pro socio. 17, 2. Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum „Nemo potest societatem heredi suo sic parere [1]), ut ipse heres socius sit: in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet".

У *Сабина* понятіе bona fides получаетъ болѣе широкое, можно сказать, объективное примѣненіе. Она перестаетъ быть чисто субъективнымъ элементомъ, касающимся однихъ только личныхъ отношеній контрагентовъ, и обнимаетъ теперь весь договоръ, распространяясь на всѣ его экономическія послѣдствія. Хотя heres socii не связанъ личными узами contractus fidei, тѣмъ не менѣе онъ отвѣчаетъ по объективнымъ правиламъ bona fides за всѣ имущественные интересы, вытекающіе изъ товарищества [2]).

Благодаря такому взгляду, союзъ становится болѣе независимымъ отъ случайностей, постигавшихъ его отдѣльныхъ членовъ. Изъ

---

[1]) Никто не имѣетъ права связать черезъ contractus societatis своихъ наслѣдниковъ съ контрагентомъ, котораго онъ самъ, быть можетъ, считаетъ вполнѣ надежнымъ, но который другому лицу такого довѣрія не внушаетъ. Это совершенно соотвѣтствуетъ мысли *Юстиніана* „qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit".

[2]) *Ульпіанъ* въ другомъ мѣстѣ искъ, который товарищи предъявляютъ противъ heres socii, называетъ прямо actio pro socio: L. 63. §. 8. Dig. eod. tit.—„In heredem quoque socii, pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit: licet enim socius non sit, attamen emolumenti successor est".

всего сказаннаго мы должны прійти къ заключенію, что позднѣйшіе юристы несомнѣнно тяготились стариннымъ правиломъ: „morte socii societas dissolvitur;“ они старались различными средствами предотвратить опасности, которыми грозило дѣловой жизни и судебной практикѣ послѣдовательное примѣненіе этого принципа.

§ 2. Не безъинтересно познакомиться со взглядами новѣйшихъ законодательствъ на вопросъ о распаденіи товарищества вслѣдствіе смерти одного изъ участниковъ. Само собою разумѣется, что нынѣшніе кодификаторы уже не связаны древне-сакральными традиціями, имѣвшими столь замѣтное вліяніе на классическое правовѣдѣніе. Они, поэтому, могли бы смѣло присоединиться къ болѣе свободному направленію тѣхъ римскихъ юристовъ, которые явно старались смягчить стѣснительное правило: „morte socii societas solvitur“. Мы теперь вполнѣ въ состояніи дальше развивать дѣло, начатое *Лабеономъ* и *Сабиномъ*. Но, не взирая на то, въ нѣкоторыхъ современныхъ уложеніяхъ приходится констатировать почти слѣпое подражаніе *древнѣйшимъ* римскимъ ученіямъ.

На такой почвѣ стоитъ, прежде всего „Сводъ мѣстныхъ узаконеній губерній прибалтійскихъ:

> Законы гражданскіе ст. 4331: „Смертію одного изъ числа участниковъ товарищество прекращается даже и въ томъ случаѣ, если бы оно состояло болѣе нежели изъ двухъ товарищей; поэтому наслѣдники умершаго освобождаются отъ всякихъ обязанностей къ тому товариществу, но не могутъ и предъявлять никакихъ требованій къ будущимъ отъ него выгодамъ“.

Подъ вліяніемъ L. 35. L. 59. pr. Dig. pro socio. cit. тотъ-же законъ даже не допускаетъ и предварительнаго соглашенія о принятіи въ товарищество наслѣдниковъ умершаго его члена:

> ibid. ст. 4332: „Наслѣдники товарища не вступаютъ сами по себѣ въ товарищество, хотя бы то и было заранѣе условлено“.

Замѣтный шагъ впередъ дѣлаютъ Code civil [1]), Allg. Deutsches

---

[1]) Art. 1868: „S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivans, ces dispositions seront suivies“. *Troplong*—loc. cit. стр. 425—о L. 59. pr. Dig. pro socio. 17, 2, cit. выше на стр. 207, вполнѣ правильно замѣчаетъ: Aujourd'hui elle n'a plus de base“.

Handelsgesetz [1]) и саксонское гражданское уложеніе [2]), разрѣшая при заключеніи contractus societatis оговорку, въ силу которой послѣ смерти товарища наслѣдники его сами по себѣ входятъ въ составъ союза. Такимъ образомъ компанія становится нѣсколько независимѣе отъ судьбы отдѣльныхъ ея участниковъ [3]).

Еще болѣе прочныя основы даетъ товариществу прусское земское уложеніе. По его предписаніямъ смерть одного члена разрушаетъ весь союзъ лишь тогда, когда личныя свойства или личный трудъ умершаго считаются для преуспѣянія общаго дѣла безусловно необходимыми. Но даже если товарищи принимаютъ дѣятельное участіе во всѣхъ предпріятіяхъ компаніи, то и тогда допускается, по крайней мѣрѣ, предварительный уговоръ о *вступленіи наслѣдниковъ* на мѣсто умершаго [4]).

Русскіе гражданскіе законы о прекращеніи товарищества не содержатъ никакихъ точныхъ постановленій, такъ что руки судебной практики въ этомъ вопросѣ совершенно развязаны. Но несомнѣнно, что въ нашемъ сводѣ явно сказывается желаніе придать товариществу болѣе прочности и стойкости [5]). Послѣдовательное толкованіе такого направленія неизбѣжно приводитъ къ тому выводу, что смерть отдѣльнаго участника не должна оказывать никакого вліянія на дальнѣйшую судьбу союза.

---

1) Art. 123.

2) Саксонскіе гражданскіе законы, выпускъ I, ст. 1385. Изданіе редакціонной коммисіи по составленію гражданскаго уложенія.

3) Сюда-же слѣдуетъ отнести „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich“. § 625. „Die Gesellschaft wird, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage ein anderer Wille der Vertragschliessenden erhellt, mit dem Zeitpunkt aufgelöst, in welchem ein Gesellschafter stirbt“. Смерть участника разрушаетъ товарищество, но, при заключеніи самого договора, контрагенты могутъ обусловить независимость союза отъ подобныхъ случайностей.

4) Allg. Landrecht für die preussischen Staaten. Theil I, tit. 17, § 278, 279, 280, 282.

5) Ср. наши замѣчанія выше на стр. 154, 155.

УКАЗАТЕЛЬ ИСТОЧНИКОВЪ.

I. Corpus juris Justiniani.

A. Institutiones.

B. Digesta.

II. Источники права до Юстиніана.

A. Gai Institutiones.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

ПРЕДИСЛОВІЕ.

ОТДѢЛЪ ПЕРВЫЙ: происхожденіе товарищества и его отдѣльные виды.
